

# Die stufenweise Entstehung des juristokratischen Staates

# The Gradual Emergence of the Juristocratic State



Edited by  
BÉLA POKOL  
ANDRÁS TÉGLÁSI

dialog Campus

DIE STUFENWEISE ENTSTEHUNG  
DES JURISTOKRATISCHEN STAATES

THE GRADUAL EMERGENCE  
OF THE JURISTOCRATIC STATE

Herausgegeben von  
Béla Pokol – András Téglási

DIE STUFENWEISE  
ENTSTEHUNG DES  
JURISTOKRATISCHEN  
STAATES

DIALÓG CAMPUS ❖ BUDAPEST 2019

Edited by  
Béla Pokol – András Téglási

THE GRADUAL  
EMERGENCE OF  
THE JURISTOCRATIC  
STATE

DIALÓG CAMPUS ❖ BUDAPEST, 2019

The work was created in commission of the National University of Public Service under the priority project PACSDOP-2.1.2-CCHOP-15-2016-00001 entitled “Public Service Development Establishing Good Governance”.

Redakteure  
Editors

Prof. Dr. Béla Pokol  
Dr. habil. András Téglási PhD

Fachlektorat  
Technical Advisor

Prof. em. Dr. Tamás Prugberger

© Dialóg Campus, 2019  
© The Editors/Lektoren, 2019  
© The Authors/Autoren, 2019

Das Werk steht unter urheberrechtlichem Schutz. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, in solchen gespeichert, mit solchen vervielfältigt und verbreitet werden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, distributed, or transmitted in any form or by any means, including photocopying, recording, or other electronic or mechanical methods, without the prior written permission of the publisher, except in case of brief quotations embodied in critical reviews and certain other noncommercial uses permitted by copyright law.

## **Inhalt**

## **Contents**

Vorwort	7
Introduction	8
<i>Béla Pokol</i>	
Der juristokratische Staat: die Analyse seiner Aspekte	9
<i>Nikolaus Dimmel</i>	
Juristokratie? – Eine justizsoziologische Aufklärung	47
<i>András Zs. Varga</i>	
Totalitarian Aspects of the Actual Concept and Practice of the Rule of Law	71
<i>Jenő Szmodis</i>	
Terminological Problems around the So-called “Juristocratic State”	81
<i>Alfred J. Noll</i>	
Wie politisch ist die Verfassungsgerichtsbarkeit?	91
<i>Csaba Varga</i>	
The Rule of Law and Soft Law – Jolly Jokers of a New Judgeocracy?	101
<i>Tamara Ehs</i>	
Grenzgericht der Polity	123
<i>Adam Sulikowski – Mateusz Wojtanowski</i>	
The Polish Constitutional Court Crisis – Some Remarks on the Political, Liberalism and Culture	181
Autorinnen und Autoren, Authors	201

## Vorwort

Dieses Buch analysiert die Prozesse, mit denen ein auf Demokratie basierender Staat in einer Reihe von Ländern der westlichen Welt und in anderen Teilen der Welt zunehmend in ein juristokratisches Gebilde verwandelt wird. In diesem Buch wird dieses Konzept der stufenweisen Entstehung des juristokratischen Staates von prominenten ausländischen und ungarischen Forschern diskutiert.

Grundlage der in diesem Buch vorgestellten Beiträge ist die Konferenz, die am 3. November 2017 von der „Ludovika-Forschungsgruppe Wahl und Demokratie“ an der Nationalen Universität für den Öffentlichen Dienst in Budapest veranstaltet wurde. Der Eröffnungsvortrag der Konferenz wurde von Prof. Béla Pokol gehalten, dessen Buch zu diesem Thema bereits in ungarischer Sprache veröffentlicht wurde. Die Hauptthese dieses Buches ist auf Deutsch in seiner Arbeit *Der juristokratische Staat (Entstehung, Aspekte, Verzerrungen und Möglichkeiten zur Sublimierung)* (Pázmány Law Working Papers 2017/13) verfügbar.

Den Text von Béla Pokols Eröffnungsvortrag enthält dieses Buch in deutscher Sprache. Anschließend hatten die Vortragenden die Möglichkeit, ihre Meinung auf der Konferenz mündlich und schriftlich zu äußern.

Die Herausgeber hoffen, dass dieses Buch in der ungarischen und in der internationalen Literatur einen wissenschaftlichen Diskurs zu diesem Thema eröffnen wird. Die Herausgeber sind dankbar für alle professionellen, wissenschaftlichen Kommentare und Reaktionen, die an die folgende E-Mail-Adresse gesendet werden können: [pokol@mkab.hu](mailto:pokol@mkab.hu).

*Die Redakteure*

## Introduction

This book analyses the processes by which a state based on democracy is increasingly transformed into a juristocratic system in a number of countries in the Western world and their influence elsewhere in the world. This concept of the gradual emergence of the juristocratic state is discussed by prominent foreign and Hungarian researchers.

The basis of the papers presented in this book is the conference that was organized by the “Election and Democracy Ludovika Research Group” on 3 November 2017 at the National University of Public Service in Budapest. The opening lecture of the conference was held by Prof. Béla Pokol, whose book on this topic has been already published in Hungarian; the main thesis of this book is available in German in his work entitled *Der juristokratische Staat (Entstehung, Aspekte, Verzerrungen und Möglichkeiten zur Sublimierung)* (Pázmány Law Working Papers 2017/13).

The text of Béla Pokol’s opening lecture can be read in this book in German. Subsequently, the lecturers had the opportunity to express their views at the conference orally, which is presented in writing in this book.

The Editors hope that this book will start a scientific discourse on this topic in both domestic and international literature. The Editors are grateful for all the professional, scientific comments and reactions that are expected to be sent to the following email address: [pokol@mkab.hu](mailto:pokol@mkab.hu).

*The Editors*



This page intentionally left blank.

Béla Pokol

## **Der juristokratische Staat: die Analyse seiner Aspekte**

In den letzten Jahrzehnten haben Veränderungen in der Funktionsweise des demokratischen Rechtsstaates begonnen, die auch seine grundlegenden Charakterzüge betreffen. Um diese neuen Charakterzüge zu beschreiben, scheint der Begriff des juristokratischen Staates besser geeignet als die Bezeichnung Rechtsstaat. Einige dieser Veränderungen haben ihre Ursache in den immer umfangreicheren Kompetenzen der Verfassungsgerichte neben den Kompetenzen der parlamentarischen Mehrheit und des Staatsoberhauptes im Zentrum der Staatsmacht, und für diese Veränderungen kann als neuere Regierungsform neben dem Parlamentarismus und dem Präsidialsystem die *juristokratische Regierungsform* definiert werden. Aber im weiteren Sinne kann man nur vom Ersetzen des Rechtsstaats durch den *juristokratischen Staat* sprechen.

Für den Kontrast der beiden Formen können in idealtypischer Reinheit die folgenden Verschiedenheiten hervorgehoben werden. Das Funktionieren des Staates ist im Rechtsstaat erstens durch die scharfe Trennung zwischen den politischen Entscheidungen und den Staatsverwaltungsentscheidungen oder zumindest das Anstreben einer solchen Trennung und zweitens durch die Unterwerfung der letzteren unter die erstere gekennzeichnet. In dieser Konfiguration erscheinen die politischen Entscheidungen immer in den Gesetzen des Parlaments beziehungsweise in den dem Gesetz untergeordneten Regierungsverordnungen und Ministerialdekreten, und von diesen genauen Regeln werden die alltäglichen Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung bestimmt. In diesem System verfügt die aktuelle politische Mehrheit über weite Machtkompetenzen, aber sie ist von den Stimmen der Millionen von Staatsbürgern abhängig und kann bei den nächsten Wahlen immer aus der Staatsmacht entfernt werden. Darüber hinaus soll die Staatsverwaltung ihre täglichen Aktivitäten im Rahmen der genauen Regeln

ausführen, und die Gerichte entscheiden meistens aufgrund der präzisen gesetzlichen Vorschriften mit sehr begrenztem Ermessensspielraum, wenn die Beteiligten finden, dass ihre gesetzlichen Rechte durch eine Behörde oder eine Privatperson verletzt wurden.

Die Veränderungen, die zum Aufstieg des juristokratischen Staates führen, lösen in dieser Grundstruktur Verlagerungen aus. Die zentrale Änderung besteht darin, dass die präzisen Regeln der Gesetze immer mehr durch die abstrakten Rechtsprinzipien, die offenen normativen Wertungen und die Grundrechte der Verfassung ersetzt wurden, die für die Rechtsauslegung der Richter breite Möglichkeiten bieten, und schließlich entscheiden die Richter stets vollkommen frei, welche Rechte und Pflichten die Betroffenen in der jeweiligen Situation haben. Diese Entscheidungsfreiheit der Richter wird dadurch erweitert, dass der direkte Effekt der Rechtsprinzipien beziehungsweise der feierlichen Erklärungen der Verfassung auf die Fallentscheidungen der Richter zugeschnitten ist, sodass die Richter bei ihren Entscheidungen einen größeren Ermessensspielraum haben. Das Verfassungsgericht wird nur noch an die Spitze dieser Struktur gesetzt, und zusammen mit den höheren Gerichten können seine Entscheidungen die alltägliche Arbeit der öffentlichen Verwaltung unmittelbar bestimmen. Andererseits wird die legislative Mehrheit der politischen Demokratie durch das Verfassungsgericht mehr oder weniger detailliert bestimmt, und in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen wird vorgeschrieben, welche Inhalte in den zukünftigen Gesetzen erlaubt sind. Somit liegt die Verlagerung darin, dass die Justiz und das über sie gestellte Verfassungsgericht in das Zentrum der Staatsmacht rücken. Zum einen übernehmen sie von der parlamentarischen Mehrheit die Bestimmung der politischen Prioritäten, andererseits werden die alltäglichen Aktivitäten der öffentlichen Verwaltung den Entscheidungen der durchpolitisierten Justiz und der Verfassungsrichter unterworfen. Auf diese Weise verwandelt sich die Triple-Struktur von Politik / Staatsverwaltung / Justiz in die doppelte Struktur der durchpolitisierten Justiz (mit dem Verfassungsgericht an der Spitze) und der unterworfenen öffentlichen Verwaltung. Die demokratischen Wahlen und die durch sie entstehende legislative Mehrheit funktionieren nur als legitimierender Schleier über der tatsächlichen Machtausübung.

Von den bereits vorhandenen Analysen, in denen diese Veränderungen aufgezeigt wurden, sind in erster Linie die Analysen von Bernd Rüthers

und Alec Sweet Stone zu nennen.<sup>1</sup> Die Analysen von Rüthers stellen die Umwandlung des Rechtsstaats zum Richterstaat in den Mittelpunkt, und diese Analysen können am unmittelbarsten verwendet werden, um die Entstehung des juristokratischen Staates zu erläutern.<sup>2</sup> Im Gegensatz zu seiner resignierten Konstatierung der Entstehung des Richterstaats klingt die Analyse von Sweet Stone in diesem Bereich neutral, manchmal sogar ein bisschen begeistert.<sup>3</sup> Meine gesamte Analyse kann hier als Erweiterung von Rüthers theoretischem Rahmen aufgefasst werden. Denn er beschränkt seine Analysen lediglich auf die immer umfangreicheren Kompetenzen der Verfassungsgerichte und auf die objektiv-teleologische Rechtsauslegungsmethode der Gerichte, durch welche die Richterschaft von den Gesetzen stufenweise zerrissen wurde (1). Diese eingeschränkte Formulierung ist wenn auch nicht ausreichend, so doch nützlich für die breiter gefasste Identifizierung der strukturellen Veränderungen. Andererseits lohnt es sich, innerhalb der Machtzunahme der Verfassungsgerichtsbarkeit als einen besonderen Aspekt die Entstehung der Pseudoverfassung zu isolieren, welche in einigen Ländern beobachtet werden kann (2). Ebenfalls im Zusammenhang mit der Machtzunahme der Verfassungsgerichte sollen die Fragen der juristokratischen Regierungsform analysiert werden (3). Darauf folgt die Analyse der objektiv-teleologischen Rechtsauslegung, von der die Richter-

---

<sup>1</sup> In der Fußnote kann noch erwähnt werden, dass die Verrechtlichung der Politik schon von Otto Kirchheimer in den 1920er Jahren aufgrund der damaligen neuen Regulierung der Arbeitsverhältnisse hervorgehoben wurde und diese These in den 1980er Jahren noch einmal zum Thema gemacht wurde. Vgl. dazu VOIGT 1980, 15–16. Die bisherigen Kritiken der Verrechtlichungstendenzen der Politik und der Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit wurden von Basil Bornemann ausführlich und zusammenfassend in seiner 2007 erschienen Schrift behandelt, und er hat diese Tendenzen nur als die Verstärkung der strukturellen Kopplung zwischen dem Recht und der Politik durch die Verfassungsgerichtsbarkeit interpretiert, aber keine tiefere Bedeutung dazu genannt. Vgl. dazu BORNE-MANN, 2007.

<sup>2</sup> Vgl. dazu: RÜTHERS 2014. Doch er hat die Auswirkungen dieses Überganges schon in den ersten Jahren nach der Jahrtausendwende in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt, vgl. RÜTHERS 2003, 11–136. RÜTHERS 2005, 2759–2761. In der ungarischen Literatur hat Andr  s Zs. VARGA eine ähnliche Kritik über den „totalen Rechtsstaat“ formuliert, VARGA Zs., 2015.

<sup>3</sup> SWEET STONE 2000. Die erwähnte positive Beurteilung von „governing with judges“ lautet: „I have tried to show that constitutional review has generated an expansive (rather than simply narrow) and relatively participatory (rather than exclusively elite-dominated) deliberative mode of governance, a governance that would not have emerged in the absence of constitutional review).“ S. 122, Fußnote 4.

schaft tendenziell von den Gesetzen zerrissen wurde (4). Eine weitere Veränderung des Rechts, von der die Umwandlung vom Rechtsstaat zum juristokratischen Staat vorangetrieben wird, ist die zunehmende Abstrahierung der Rechtsnormen und der Umstand, dass statt präziser Rechtsvorschriften die gerichtlichen Entscheidungen von den allgemeinen Rechtsprinzipien, den normativ offenen Grundrechten und den verfassungsrechtlichen Wertungen geleitet werden (5). Durch diese Veränderungen werden die Grundsteine dafür gelegt, die politischen Kämpfe der Gesellschaft aus den Parlamentssitzungen in die Gerichtssäle zu verlegen (6). Schließlich lohnt es sich, die Veränderung der moralphilosophischen Argumente zu analysieren, durch welche die Verschiebung der Machtausübung von den parlamentarischen Wahlen der Millionen zur Juristokratie im Sinne der Theorie von John Rawls und Jürgen Habermas bestätigt wird (7). Zum Abschluss der Analyse sollen noch einige Informationen darüber präsentiert werden, in welchem Maße sich diese Veränderungen in Ungarn vollzogen haben (8).

## **Die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Machtzunahme**

Eine Veränderung, die zusammen mit anderen eine kumulative Wirkung ausgelöst und in vielen Ländern der Welt den Rechtsstaat durch einen juristokratischen Staat ersetzt hat, war die Verbreitung der Verfassungsgerichte und ihr stufenweiser Kompetenzzuwachs. Die ursprüngliche Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit entstand in den frühen 1800er Jahren in den Vereinigten Staaten und bedeutete ursprünglich nur die Entscheidungstätigkeit bei Kompetenzkonflikten zwischen den Bundesstaaten und dem Bund. Denn die USA waren weltweit der erste Bundesstaat, und bis dahin war nicht entschieden, welches Organ die Kompetenzkonflikte zwischen den verschiedenen Ebenen der Staatlichkeit lösen sollte. Unter der Leitung von John Marshall hat der oberste Bundesgerichtshof im Jahr 1803 festgelegt, dass dieses Gericht in Zukunft das letzte Wort in dieser Debatte haben würde, und wenn ein Gesetz von ihm als verfassungswidrig deklariert würde, könnte es nicht mehr angewandt werden. Dieser bescheidene Umfang der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde in den 1800er Jahren etwas erweitert, aber bis in die frühen 1900er Jahre kam es nur sehr selten vor, dass die obersten Richter neben den formalen Kompetenzgrundlagen auch den Inhalt der Gesetze bestimmen wollten. Die Juristen der Länder Europas

lernten die Verfassungsgerichtsbarkeit in dieser bescheidenen Rolle für Juristen der europäischen Länder kennen, und im Jahr 1920 – nach dem Zerfall der österreichisch-ungarischen Monarchie – war die Zeit gekommen, die Verfassungsgerichtsbarkeit erstmals in Europa in die neue österreichische Verfassung zu übernehmen.<sup>4</sup> Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich war insofern anders, als diese Aufgabe nicht den höheren Gerichten – letztlich dem obersten Bundesgerichtshof – anvertraut wurde, sondern außerhalb der hierarchischen Stufen der ordentlichen Gerichte ein gesondertes Verfassungsgericht geschaffen wurde. Die parlamentarische Mehrheit der damals dominierenden österreichischen Sozialdemokraten hatte nämlich eine starke Aversion gegen die konservative Richterschaft, und sie dachten, ein gesondertes Verfassungsgericht, mit zuverlässigen sozialdemokratischen Anwälten und Rechtsprofessoren besetzt, sei eine politisch bessere Lösung. Darüber hinaus wurde die Zuständigkeit dieses Gerichts geändert, denn es wurde nicht zum Endpunkt der regulären gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten, sondern unmittelbar über die parlamentarische Gesetzgebung gestellt. Auf diese Weise kontrollierte das Verfassungsgericht die Gesetzgebung zeitlich viel enger, und die mögliche Aufhebung eines Gesetzes war unmittelbar mit den politischen Kämpfen innerhalb des Parlaments verbunden. Das bedeutete schon einen ziemlich großen Schritt auf dem Weg zur Ablösung der Demokratie durch die Juristokratie, aber schließlich realisierte sich diese Ablösung wegen einiger struktureller Gründe hier nicht, und die ansonsten bescheidenen Kompetenzen des österreichischen Verfassungsgerichts haben es nicht geschafft, die jeweilige parlamentarische Mehrheit unter eine umfangreichere Kontrolle zu bringen.

Dieser Schritt ist nur in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg erfolgt, als in die neu geschaffene deutsche und die neue italienische Verfassung unter der Kontrolle der amerikanischen Besatzungsbehörden das Verfassungsgericht aufgenommen wurde.<sup>5</sup> Von der heimlichen Version der Verfassungsgerichtsbarkeit hätte man erwarten können, dass die Amerikaner die Verfassungsgerichtsbarkeit den ordentlichen obersten

<sup>4</sup> Begeistert von den Erfahrungen der US-Verfassungsgerichtsbarkeit hat Georg Jellinek bereits im Jahr 1885 einen Vorschlag zur Umsetzung dieser Tätigkeit in Österreich gemacht, vgl. JELLINEK 1885. Aber tatsächlich wurde das Verfassungsgericht – auf Initiative von Hans Kelsen – 1920 in die österreichische Verfassung aufgenommen.

<sup>5</sup> Weil diese Kontrolle dieser Verfassungen durch die Besatzungsmächte meistens nicht hervorgehoben wird, soll hier die Schrift von N. Feldman erwähnt werden, in der dieser erzungene Charakter ausnahmsweise dokumentiert wurde. Vgl. FELDMAN 2005, 851–865.

Gerichten anvertrauen würden, aber die Schöpfer des neuen Systems in Deutschland hatten eine noch größere Aversion gegen die Richterschaft – die unter Hitler im Amt gewesen war –, als es früher in Österreich der Fall war, und auf diese Weise wurde auch hier ein separates Verfassungsgericht geschaffen. In Italien wurde das österreichische Modell kaum verändert, und es blieb auch hier eine Organisation mit bescheidenen Kompetenzen. Aber in Deutschland änderte sich die Situation grundlegend. Hier wurde eingeführt, dass die Bürger unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof eine sofortige Verfassungsbeschwerde einreichen können, wenn ihre Rechte durch einen Verzug irreversibel verletzt würden, und generell konnten und können sich alle Beteiligten nach Beendigung der Prozesse vor den ordentlichen Gerichten mit einer Verfassungsbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof wenden. Darüber hinaus können die Landesregierungen gegen die Maßnahmen des Bundes und vice versa vor dem Verfassungsgerichtshof Beschwerde einreichen. Diese Veränderungen haben die Dominanz des Verfassungsgerichts über die demokratische parlamentarische Mehrheit deutlich erhöht, was noch dadurch verstärkt wurde, dass das Verfassungsgericht mit Vertrauensleuten und befreundeten Rechtsprofessoren besetzt wurde, und diese Verfassungsrichter – sich immer eines sicheren Rückhalts bewusst – haben begonnen, ihre Kompetenzen so weit wie möglich auszulegen.<sup>6</sup> In den frühen 1950er Jahren gab es tatsächlich einen Konflikt zwischen der Parlamentsmehrheit und dem Verfassungsgerichtshof, weil die erstere im sicheren Bewusstsein ihrer demokratischen Legitimität die Priorität der Verfassungsrichter nicht anerkennen wollte. Unter der US-Besatzung war jedoch klar, welche Seite die bessere Position hatte, und auf diese Weise konnten die deutschen Verfassungsrichter ihre ohnehin umfangreichen Kompetenzen ungehindert noch weiter ausbauen. Das wurde hauptsächlich dadurch erreicht, dass einige leere Formeln, die kaum normativen Gehalt hatten (wie „das Recht auf die allseitige Entwicklung der Persönlichkeit“, die „Unverletzlichkeit der Menschenwürde“ usw.), so interpretiert wurden, dass sie als Mutterrechte immer neue Grundrechte schaffen konnten. Auf diese Weise wurde innerhalb weniger Jahre statt der ursprünglichen eine neue Verfassung erstellt, und die Verfassungsrichter begannen, auch die ursprünglichen Verfassungsbestimmungen im Lichte dieser selbstgeschaffenen Verfassung auszulegen. Darüber hinaus verkün-

---

<sup>6</sup> Vgl. zum radikalen Elitenwechsel in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg SCHEIL 2012. In Bezug auf die Verfassungsrichter besonders Seiten 155–159.

deten sie ihre erweiterte Kompetenz auch in Bezug auf die Kontrolle der Verfassungsänderungen, und damit erreichten sie die Priorität nicht nur über die gesetzgebende Gewalt, sondern auch über die verfassungsgebende Gewalt, und das hatte nichts mehr mit der ursprünglichen Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit zu tun.

In den Verhältnissen des wirtschaftlichen Wohlstands nach dem Zweiten Weltkrieg und im keynesianischen Modell des Wohlfahrtskapitalismus wurden in ganz Westeuropa – darunter in Deutschland – gute Lebensbedingungen geschaffen. Das durch die starke Verfassungsgerichtsbarkeit begrenzte Modell der Demokratie hat keine größere Kritik ausgelöst, nur einige deutsche Rechtstheoretiker haben Kritik geäußert. Vor dem Hintergrund der parlamentarischen Demokratie mit ihren oft scharfen und eher geschmacklosen Debatten trafen die Verfassungsrichter in ihren feierlichen Roben für die Verkündigung der Entscheidungen immer auf große öffentliche Sympathie. Durch diesen großen Erfolg wurden die westlichen Großmächte – und besonders die US-Regierung – Ende der 1970er Jahre dazu gedrängt, für die Länder nach dem Zusammenbruch der vormaligen Diktatur als neue staatliche Struktur das Modell der durch die starke Verfassungsgerichtsbarkeit begrenzten Demokratie vorzuschlagen. Für dieses Modell wurde die Benennung des demokratischen Rechtsstaats verwendet, die solange geeignet ist, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit nur den formalen Rahmen der zyklischen Regierungswechsel garantiert und der freie Weg für demokratische Veränderungen geschützt wird. Aber hier wurden dem Verfassungsgericht viel zu umfangreiche Kompetenzen übertragen.

Das über die Verfassung dominierende Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde in den späten 1970er Jahren nach dem Zusammenbruch ihrer Diktaturen von Portugal und Spanien übernommen, und insbesondere die Spanier haben das erweiterte Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit der Deutschen verwirklicht. Die Trennung von der schriftlichen Verfassung wurde in Spanien sogar nicht nur dadurch verstärkt, dass anhand der leeren normativen Formeln der Verfassung eine neue selbstgeschaffene Verfassung konzipiert wurde, sondern die spanischen Verfassungsrichter auch waren bereit, die konkreten Vorschriften der Verfassung in ihren



Entscheidungen aufzuheben.<sup>7</sup> In den 1980er Jahren setzte die international dominierende US-amerikanische politische Elite dieses deutsch-spanische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit in den südamerikanischen Ländern um, und in einer Reihe von Staaten auf diesem Kontinent wurden Verfassungsgerichte mit sehr umfangreichen Kompetenzen eingerichtet. Dann kam es zum Zusammenbruch des sowjetischen Imperiums, und auch die mitteleuropäischen Satellitenstaaten wurden zum deutschen Modell der starken Verfassungsgerichtsbarkeit gedrängt. Der innere Zusammenbruch der Sowjetunion 1991 und die neuen unabhängigen Staaten verwirklichten also das starke deutsche Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit, und unter unmittelbarem amerikanischem Einfluss in Russland wurde in den Zeiten von Präsident Jelzin auch hier eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet. Dieser Prozess wurde dann in den 90er Jahren in einer Reihe von asiatischen Ländern und in Afrika fortgeführt, und heute arbeiten auch dort starke Verfassungsgerichte mit sehr umfangreichen Kompetenzen. Diese Position ist jedoch sehr weit von den ursprünglichen Ideen der Verfassungsgerichtsbarkeit entfernt.

## Die Pseudoverfassung der Verfassungsgerichte

In den Verfassungen werden die Normen, Grundrechte und verfassungsrechtlichen Werte im Vergleich zu den einfachen Gesetzen auf einer abstrakteren Ebene festgelegt. Auf diese Weise müssen die Verfassungsrichter bei der Entscheidung verfassungsrechtlicher Konflikte viel mehr Konkretisierungs- und Auslegungsarbeit leisten – und können das mit viel größerer Freiheit tun –, als es bei ordentlichen Gerichten der Fall ist. Daher erhalten die Verfassungsrichter eine umfangreiche Kompetenz und damit Verantwortung und Macht, die Verfassung auszulegen, und während dieser Auslegung können sie bindende Präzedenzentscheidungen treffen, welche manchmal als Ergänzungen zur Verfassung funktionieren. Die jeweiligen neuen Verfassungsrichter werden von den Vertretern der veränderten demokratischen öffentlichen Meinung entsprechend der neuen parlamentarischen

---

<sup>7</sup> Siehe die Entscheidung über die gleichgeschlechtliche Ehe im Jahr 2012, als trotz der ausdrücklichen Bestimmungen der spanischen Verfassung die Möglichkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe im Bürgerlichen Gesetzbuch für verfassungsmäßig erklärt wurde; ausführlich dazu vgl. POKOL 2015a.

Mehrheit ausgewählt, und sie sind – im Sinne ihres Eides – im Grunde natürlich nur an die Verfassung gebunden, und auf diese Weise können sie immer die vorhandenen verfassungsgerichtlichen Präzedenzen umdeuten oder sogar vollständig ablehnen und neue Präzedenzen etablieren. Die neuen Verfassungsrichter (und mit ihnen die neue verfassungsgerichtliche Mehrheit) sind nur in dem Maße an die alten Präzedenzen gebunden, als sie für das Abweichen explizite Gründe nennen müssen, weil es ohne diese explizite Argumentation nur willkürliche Entscheidungen und eine chaotische Verfassungsauslegung gäbe. Diese partielle Gebundenheit der Verfassungsrichter ist aber in der Realität nur prinzipiell vorhanden, und es wird durch eine Reihe struktureller Ursachen erschwert, von den vorhandenen Präzedenzen abzuweichen. Diese Schwierigkeit kann sogar zum endgültigen Bruch mit der ursprünglichen Verfassung führen, und aus den unablässbaren Präzedenzen wird eine Pseudoverfassung erstellt.<sup>8</sup> Damit rutscht implizit die konstitutionelle Macht durch die Hände des Verfassungsgerichts.

Fünf strukturelle Faktoren können hervorgehoben werden, die die starke Bindung der Verfassungsrichter an die alten Präzedenzen erklären können und die zur Entstehung einer Pseudoverfassung in einigen europäischen Ländern führen können.<sup>9</sup>

1. Der wichtigste Grund dafür ist die allgemeine, nichtspezialisierte Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit, die dem europäischen System der Fachgerichtsbarkeit entgegensteht, die sich seit den frühen 1800er Jahren in Europa entwickelt hat. In den Vereinigten Staaten blieben die nichtspezialisierten

---

<sup>8</sup> Der polnische Verfassungsrichter Lech Morawski formulierte diese Erscheinung in einer seiner Vorlesungen folgendermaßen: „By means of interpretative judgements, the Tribunal creates constantly new rules or modifies the content of existing rules. Someone ironically said that there are two Constitutions in Poland – one created by the parliament and the other by the Tribunal.“ MORAWSKI 2017.

<sup>9</sup> Die soziologische Analyse des deutschen Verfassungsgerichts wurde von Uwe Kranenpohl durchgeführt, und in einem Interview in seinem Buch zitiert er eine Aussage eines deutschen Verfassungsrichters, von dem die stärkere Präjudizengebundenheit der deutschen Kollegen im Gegensatz zu den Amerikanern damit erklärt wird, dass das aus der jüngeren Rechtsprechung der Deutschen resultiert: „Im Vergleich zum *Supreme Court* ist das BVerfG ein sehr junges Gericht und ist umso stärker bemüht, Rechtsprechungs-tradition zu entwickeln. Beim *Supreme Court* gibt es so Wellenbewegungen von etwa dreißig Jahren, so ungefähr nach einer Generation gibt es einen Wandel in der Rechtsprechung.“ KRANENPOHL 2010, 144.

Generalgerichte auf allen Ebenen der Gerichtsbarkeit bestehen, und die einzelnen Richter treffen gleichermaßen Entscheidungen in strafrechtlichen und zivilrechtlichen usw. Prozessen. Oder wenn es in einem Sektor ein solches Fachgericht (z. B. für Patentfälle) gibt, was eine Ausnahme ist, so treffen die Richter des Obersten Gerichts mit allgemeiner Entscheidungskompetenz die Entscheidungen auch in diesen Fällen gemäß der Beschwerde.<sup>10</sup> Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde erstmals in den frühen 1800er Jahren in den Vereinigten Staaten geschaffen, sie kam in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts nach Europa, und heute gibt es schon in vielen europäischen Ländern Verfassungsgerichte. Das europäische Fachgerichtssystem mit der spezialisierten und differenzierten Richterschaft – und nicht zuletzt auch mit der sektorspezifisch differenzierten juristischen Gemeinschaft – hat die Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich anders gestaltet, als es ursprünglich der Fall war. Natürlich kommen die Verfassungsrichter in Europa immer mit einer engen Kompetenz aus den einzelnen fragmentierten Teilen des Rechts (Strafrecht, Privatrecht, Arbeitsrecht usw.), und nachdem sie Mitglieder des Verfassungsgerichts geworden sind, sollen sie in der Lage sein, über alles zu entscheiden, was im gesamten Spektrum des Rechtssystems zu finden ist. Durch ihre frühere Spezialisierung auf einen engen Rechtsbereich sind die europäischen Verfassungsrichter mit größeren Problemen konfrontiert als ihre Kollegen in den USA. Die Richter des höchsten Bundesgerichtshofs in den USA, von denen die Funktion der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in erster Linie ausgeübt wird, waren vor ihrer Ernennung seit Jahren als Generalrichter auf einer niedrigeren Ebene – typischerweise parallel zu ihren Professorenaktivitäten – tätig, und damit bedeutet die Verfassungsgerichtsbarkeit für sie keine besondere Herausforderung. Denn sie müssen sich weiterhin mit den Fragen des Straf-, des Zivil-, des Eigentumsrechts, des Verwaltungsrechts, etc. beschäftigen, wie sie es immer getan haben.<sup>11</sup>

2. Bei den europäischen Verfassungsrichtern wird dieses Kompetenzproblem noch dadurch verschärft, dass sie nur für eine relativ kurze Zeit in

---

<sup>10</sup> Vgl. zu den Auswirkungen der generalistischen Richterschaft in den Vereinigten Staaten und dem Vergleich mit dem europäischen Fachgerichtssystem WOOD 1997; außerdem KRITZER 2011.

<sup>11</sup> Vgl. zur ausführlicheren Analyse der Probleme der generalistischen Verfassungsgerichtsbarkeit meine frühere Schrift: POKOL 2015b, 69–101.

ihrer Position bleiben. Im Gegensatz zu ihren amerikanischen Kollegen, die ohne zeitliche Begrenzung, auf Lebenszeit ernannt werden, werden die europäischen Verfassungsrichter in der Regel für kurze Zeit (9–12 Jahre) gewählt, und das ist mit einer Altersgrenze – in der Regel 65–70 Jahre – gekoppelt. Auf diese Weise verbringen die europäischen Richter oft nur sechs bis acht Jahre in dieser Position, im Gegensatz zu den üblichen 30–40 Jahren ihrer amerikanischen Kollegen. Eine Folge davon ist, dass sich die Zusammensetzung der europäischen Verfassungsgerichte häufig ändert und es immer zwei oder drei neue Richter gibt, die gerade erst mit der Entscheidungsfindung beginnen, während ein Teil der alten Mitglieder bereits begonnen hat, sich für den Ausstieg aufgrund der Altersgrenze vorzubereiten. Im Vergleich zu ihren amerikanischen Kollegen wenden die europäischen Verfassungsrichter ihre Entscheidungsbefugnisse mit viel eher vorübergehendem Charakter an, und das verstärkt das erwähnte Kompetenzproblem. Diese beiden Faktoren verursachen eine entmutigende Wirkung in Bezug auf das Überdenken der bestehenden verfassungsrechtlichen Präzedenzen, was im Fall der Richter des Obersten US-Gerichtshofs nicht besteht. In den ersten Jahren nach ihrer Wahl sollen sich die europäischen Verfassungsrichter auf die Beherrschung der vielen Tausend Seiten der bestehenden Rechtsprechung konzentrieren, aber für ein souveränes Durchdenken dieser Präzedenzen anhand der konstitutionellen Werte gibt es nur wenige Möglichkeiten. Es kann nur eine Ausnahme sein, wenn kleine Teile der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung geändert werden. Somit kann festgestellt werden, dass die einmal festgelegten Präzedenzen der europäischen Verfassungsgerichte größtenteils keine veränderbare Rechtsprechung bedeuten, sondern als endgültige Pseudo-verfassung erscheinen, die für die immer neuen Verfassungsrichter eine schier unüberwindbare Barriere bildet.

3. Zusätzlich zu diesen beiden Faktoren sollte die Rolle der wissenschaftlichen Mitarbeiter der europäischen Verfassungsrichter hervorgehoben werden, die sich grundsätzlich von der Rolle der *law clerks* ihrer amerikanischen Kollegen unterscheidet. Die Möglichkeit der einzelnen Richter, *law clerks* zu beschäftigen, entstand in den frühen 1990er Jahren im Obersten Gerichtshof der USA, um die Entscheidungsfindung zu unterstützen, und heutzutage gibt es bei den Richtern des Obersten Gerichtshofs vier *law clerks*. Diese amerikanischen *law clerks* werden von den Richtern unter den besten Jurastudenten ausgewählt, und sie erhalten ein einjähriges Mandat,

auch wenn es in einigen Fällen verlängert wird. Durch diese Bedingungen sind die *law clerks* eindeutig ihren Richtern untergeordnet, die jahrelange richterliche Erfahrung haben.<sup>12</sup> Die Situation ist bei der Beziehung zwischen den europäischen Verfassungsgerichten und ihren Mitarbeitern radikal anders. Da das deutsche Modell von den meisten europäischen Verfassungsgerichten kopiert wurde, sollten wir mit seiner Vorstellung beginnen. Dieses Modell hat mit dem amerikanischen Jurastudentenschema gebrochen, und die Mitarbeiter der Verfassungsrichter werden unter den jungen ordentlichen Richtern mit einigen Jahren Erfahrung ausgewählt. Die andere Veränderung war, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter ihre Position nicht für ein Jahr haben, sondern längere Zeit auf diesem Posten bleiben. Mit diesen Veränderungen wird das Verhältnis der Verfassungsrichter und ihrer Mitarbeiter im Vergleich zu dem bei den Amerikanern stark verändert, und die Entscheidungskompetenz der Mitarbeiter erreicht meistens die der Verfassungsrichter – oder übertrifft sie sogar.<sup>13</sup> Man kann nicht genau wissen, wie groß der Anteil der deutschen Verfassungsrichter ist, die den Großteil der Entscheidungstätigkeit an ihre Mitarbeiter weitergegeben haben, aber die empirische Forschung zu diesem Thema stellt dies als ein ernstes Problem dar. Der deutsche Forscher Uwe Kranenpohl schrieb nach der Befragung der deutschen Verfassungsrichter: „Dabei signalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartners, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen.

---

<sup>12</sup> Diese kleineren Entscheidungskompetenzen ihrer *law clerks* hindern die amerikanischen Richter aber nicht daran, die Ausarbeitung von Entwürfen in Routineangelegenheiten den *clerks* zu überlassen. Allerdings wird durch die größere Rolle der *law clerks* in Routineangelegenheiten die mechanische Befolgung der alten Präzedenzen verstärkt: „But that is what one expects [...] if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or »voice« to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Cardozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. (The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call »great«.)“ POSNER 2011, 583.

<sup>13</sup> Früher konnte ein wissenschaftlicher Mitarbeiter in einem Dezernat noch fünf oder sechs Jahre verbringen, aber in jüngster Zeit hat er in der Regel nur zwei oder drei Jahre. Vgl. dazu KRANENPOHL 2010, 106–108. Per E-Mail hat mir Kranenpohl mitgeteilt, dass es trotz der kürzeren Zeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter im Dezernat üblich ist, dass der neue Verfassungsrichter durch einen alten Mitarbeiter seines Vorgängers in einer Trainingsperiode auf seine Aufgabe vorbereitet wird.

Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: »Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein »Entzug des gesetzlichen Richters« stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten« (Interview Nr. 6). „So gibt es in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird, und kontrollieren das nicht!“ (Interview Nr. 21)<sup>14</sup>

Ein weiterer Unterschied dieses deutschen Modells zu den anderen europäischen Verfassungsgerichten besteht darin, dass der Großteil der Verfassungsgerichtsmitarbeiter nach Ablauf der Amtszeit ihres Verfassungsrichters nicht ausgetauscht wird: Sie bleiben und arbeiten für den unerfahrenen Newcomer-Richter. Tatsächlich werden die Neulinge, die vor den elementaren Kompetenzproblemen stehen, von den erfahrenen alten wissenschaftlichen Mitarbeitern in den ersten Monaten unterrichtet, und die neuen Verfassungsrichter werden in der Entscheidungsfindung von ihnen geleitet und erzogen. In dieser Situation wird zur Allgemeingültigkeit, was im Interview des deutschen Verfassungsrichters ironisch erwähnt wurde, und die Fälle werden von den Mitarbeitern vom „rechtmäßigen Richter“ umgeleitet. Dieses Bild ändert sich nur in Ausnahmefällen, wenn der neue Verfassungsrichter eine besonders souveräne Persönlichkeit ist und sich deshalb nach einer Weile von der Vormundschaft befreien kann. Neben der souveränen Persönlichkeit ist natürlich auch anzumerken, dass die Newcomer-Richter genügend Zeit haben müssen, kompetente Verfassungsrichter zu werden und diesen Posten nach fünf oder sechs Jahren wegen der Altersgrenze nicht zu verlassen. Aber diese außergewöhnliche Kompetenz können nur Newcomer-Richter erreichen, die früher auf der Grundlage der bisherigen Praxis in verschiedenen Rechtsgebieten arbeiten konnten und sich nicht nur auf einen engen Bereich der juristischen Kompetenz spezialisiert haben. Aber auch wenn all das gegeben ist, wird ein solcher „abweichender“ Verfassungsrichter immer mit den Kollegen und ihren

---

<sup>14</sup> Vgl. KRANENPOHL 2010, 88.

Mitarbeitern konfrontiert, die bei den Fallentscheidungen die Pseudoverfassung als Bibel für ihre Arbeit benutzen.<sup>15</sup>

4. Der vierte Grund für die Entstehung der Pseudoverfassung anstelle der einfachen verfassungsgerichtlichen Präzedenzen ist die große Arbeitsbelastung der europäischen Verfassungsgerichte. Wie bereits erwähnt, gibt es einen deutlichen Unterschied zwischen der Arbeitsbelastung des Obersten Gerichtshofs der USA und der der europäischen Verfassungsgerichte, und während der Richter des Obersten Gerichtshofs nur hundert Fälle pro Jahr zu entscheiden hat, müssen sich die europäischen Verfassungsrichter jedes Jahr mit Tausenden von Fällen beschäftigen. Auf diese Weise sind die überlasteten europäischen Verfassungsrichter kaum in der Lage, eine große Zahl konkurrierender und abweichender Meinungen zu schreiben, und sind auch nicht in der Lage, die frühere Rechtsprechung im Lichte der konstitutionellen Werte und auf der Grundlage des Originaltextes der Verfassung selbst zu überdenken. Dieses Problem wurde bereits von Richard Posner angedeutet: „The heavier a court’s caseload, the less likely it is to reexamine [...]“.<sup>16</sup>

5. Diese Effekte wurden neben einer obligatorischen unkritischen Haltung in den Rechtswissenschaften in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, die in den letzten sechzig Jahren entstand, durch die Tatsache verstärkt, dass die Verfassungsgerichte gewöhnlich in gerade gestürzten Diktaturen errichtet wurden und als Symbole der Freiheit galten. Während der Diktatur wurden die Disziplinen des Verfassungsrechts und der Rechtslehre natürlich meist unterdrückt, da sie sich mit der zentralen Staatsmacht und den alternativen Rechtsbegriffen (die nicht identisch mit denen der offiziellen

---

<sup>15</sup> Welche Art von Belastung ein neuer Verfassungsrichter auf sich nimmt, der seine Entscheidungen aufgrund der ursprünglichen Verfassung formulieren möchte, und erst in zweiter Linie der alten Rechtsprechung folgen möchte, beschreibt auch Kranenpohl: „Gerade das BVerfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. [...] Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.“ Vgl. KRANENPOHL 2010, 143.

<sup>16</sup> Vgl. dazu EPSTEIN–LANDES–POSNER 2011. (Die von der rumänischen Zeitschrift übernommene Abhandlung wurde ursprünglich veröffentlicht in: *Olin Working Paper* Nr. 510, Januar 2010. University of Chicago Law and Economics, 117.)

Diktatur sind) beschäftigen müssten. Wo lange Zeit eine Diktatur herrschte, wie in Deutschland, später in Spanien, Portugal und dann wieder in den Ländern des sowjetischen Reiches, gab es zwei oder drei Generationen von Juristen, die folglich ein sehr geringes verfassungsrechtliches und rechtstheoretisches Wissen hatten. In Bezug auf die Länder Osteuropas kam dann sofort 1989 die parlamentarische Demokratie des Mehrparteiensystems, und die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde auf nachdrücklichen Vorschlag aus dem Ausland eingerichtet. Völlig unerfahren in diesen Sektoren des Rechts wurden von den frisch gebackenen Verfassungsrechtlern und den Rechtstheoretikern Osteuropas die abstrakten Erklärungen und normativen Argumente gefeiert, die in den Entscheidungen der Verfassungsrichter als unwiderrufliche Wahrheiten enthalten waren. Diese wurden natürlich weitgehend aus den deutschen und italienischen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen übernommen, aber zum Beispiel in Ungarn übertrafen diese Entscheidungen die ursprünglichen in Bezug auf die Einschränkung der parlamentarischen Mehrheit und auf die Abkehr von der schriftlichen Verfassung.

Insgesamt haben diese fünf Gründe und ihre kumulativen Auswirkungen in vielen europäischen Ländern dazu geführt, dass eine kaum überwindbare Pseudoverfassung vor die ursprüngliche Verfassung gestellt wurde, und die neu gewählten Verfassungsrichter mit ihrer alten Garde von Mitarbeitern können Entscheidungen meistens auf der Grundlage dieser Pseudoverfassung treffen.

## Die juristokratische Regierungsform

Der entscheidende Punkt für die Schaffung der juristokratischen Regierungsform ist die Kompetenzänderung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese besteht darin, dass die Verfassungsrichter die neuen Gesetze der parlamentarischen Mehrheit sofort nach ihrer Entstehung aufheben können. Auf diese Weise kommen die Verfassungsrichter in das Zentrum der Staatsmacht und werden zu Schiedsrichtern der pluralistischen Demokratie. Jedoch hängt das Gewicht dieser Kompetenzänderung auf beiden Seiten von mehreren Faktoren ab.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Eine ausführlichere Analyse der Konstruktion der juristokratischen Regierungsform siehe in POKOL 2017, 61–78.



Um die Stärke des Hauptträgers der juristokratischen Regierungsform gegenüber der parlamentarischen Mehrheit und ihrer Regierung beurteilen zu können, soll der Grad des monopolisierten Zugangs zur Verfassung durch das Verfassungsgericht beleuchtet werden. Der direkte Zugriff auf die Verfassung wird für das Verfassungsgericht schon von seiner Funktion her gesichert, sodass dafür keine Erklärung erforderlich ist. Inwieweit dieser Zugang der parlamentarischen Mehrheit in den einzelnen Ländern gewährt wird, kann jedoch erst durch besondere Exploration festgestellt werden. Aber letztlich hängt es von dieser Tatsache ab, wie stark die Dominanz des Verfassungsgerichts über die parlamentarische Mehrheit und ihre Regierung ist und wie stark der Halbparlamentarismus dieser Mehrheit von der juristokratischen Regierungsform der Verfassungsrichter unterdrückt wird. Je schwieriger es für die parlamentarische Mehrheit ist, die Verfassung oder die Gesetze über das Verfassungsgericht zu ändern, desto größer ist der Grad des monopolisierten Zugangs des Verfassungsgerichts zur Verfassung. Umgekehrt, je leichter eine Verfassungsänderung oder zumindest die Änderung des Gesetzes über das Verfassungsgericht für diese Mehrheit ist, desto mehr ist das Gewicht der Macht der parlamentarischen Mehrheit gegen die juristokratische Macht gesichert. In der letzteren Version verwirklicht sich das Zurückschneiden des Parlamentarismus auf die Form eines Halbparlamentarismus nur in mäßigem Umfang.

Durch den stark monopolisierten Zugang des Verfassungsgerichts wird die juristokratische Regierungsform gestärkt. Das könnte jedoch weiter verstärkt werden, wenn die Formulierung des Textes der Verfassung in großem Maße auf allgemeinen Erklärungen und vagen Prinzipien basiert. Die vagen Formeln der Verfassung stellen die größte Bevollmächtigung für die Verfassungsrichter, die ganze Staatsmacht zu kontrollieren, dar, und im Gegensatz dazu verleiht ihr eine Verfassung mit präzisen Vorschriften erst eine von außen stärker kontrollierbare Stellung. Um das zu verstehen, lohnt es sich, den ziemlich genauen Wortlaut der Verfassung der Vereinigten Staaten mit dem deutschen Grundgesetz zu vergleichen. Der Text des letzteren beinhaltet zum Beispiel „das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit“ oder die „menschliche Würde“, und aufgrund der normativen Leere dieser Grundrechte konnten die deutschen Verfassungsrichter eine zweite selbstgeschaffene Verfassung zustande bringen. Wegen der normativen Leere der Verfassung und in Abwesenheit von normativem Gehalt können die Verfassungsrichter eigentlich ganz frei entscheiden, was die Verfassung ist. Umgekehrt gilt, dass wenn die Regeln

in der Verfassung eine genaue Bedeutung geben, ist die Deutungsmacht der Verfassungsrichter begrenzt. Wenn wir beides zusammen betrachten und sehen können, dass das Verfassungsgericht in einem Land ein hohes Maß an monopolisiertem Zugriff auf die Verfassung hat und dazu der Text der Verfassung allgemeine leere normative Leitlinien enthält, dann kann man feststellen, dass die Verfassungsrichter hier eine fast unkontrollierbare Macht erlangen können. In dieser Situation kann die Macht der Juristokratie von der demokratischen Mehrheit von Millionen von Bürgern nur im Ausnahmefall revidiert werden. Im Gegensatz dazu, wenn die parlamentarische Mehrheit über eine einfache Möglichkeit für die Verfassungsänderung oder mindestens für die Änderung des Gesetzes über das Verfassungsgericht und die Ermächtigung der Verfassungsrichter verfügt, dann kann die Macht der juristokratischen Regierungsform einigermaßen unterdrückt werden, und die Institutionen des Halbparlamentarismus werden die Möglichkeit haben, ihr entgegenzuwirken. In dieser letzten Situation kommt eine Machtlage zustande, die in Frankreich als *Cohabitation* bezeichnet wird.

Eine andere Frage ist in diesem Zusammenhang, ob die Änderung der Verfassung durch die Verfassungsrichter überprüft werden kann. Diese Möglichkeit wurde in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg zum ersten Mal geschaffen, als ein starkes Verfassungsgericht errichtet wurde. Dann sandte dieses Muster Impulse an die Verfassungsrichter anderer Länder, die Überprüfung der Verfassungsänderungen unter ihre Kompetenzen aufzunehmen. Dieser Schritt bedeutet bereits die offene Übernahme der konstituierenden Macht, da in diesem Fall der monopolisierte Zugriff des Verfassungsgerichts auf die Verfassung fast vollständig wird.

Die Aktivierungsgeschwindigkeit der Kompetenz des Verfassungsgerichts für die Aufhebung von Gesetzen ist die dritte in der Reihenfolge der strukturellen Fragen, durch welche die Stärke der juristokratischen Regierungsform ermittelt werden kann. Denn der monopolisierte Zugriff auf die Verfassung und die weitgefasste Auslegungsmacht können noch gesteigert werden, wenn die Verfassungsrichter über einen schnellen Zugriff auf die Prozesse zur Aufhebung von Gesetzen verfügen. In dieser Situation kann die Dominanz der Verfassungsrichter über die parlamentarische Mehrheit und ihre Regierung auf die Spitze getrieben werden. Das kann möglich sein, wenn alle Oppositionsparteien oder alle Einzelabgeordneten im Parlament das Recht haben, ein Gesetz anzufechten, und das Verfassungsgericht auf diese Weise alle neuen Gesetze unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung aufheben kann. Eine weitere Unterfrage in dieser

Hinsicht ist die Gebundenheit des Verfassungsgerichts an den Rahmen des Antrags auf Nichtigkeitserklärung. Es ist möglich, dass diese Bindung eine ziemlich begrenzte Möglichkeit für die Entscheidung der Verfassungsrichter gibt, aber es kann sein, dass die Verfassungsrichter einen großen Spielraum innerhalb des Rahmens des Antrags haben und weitere Gesetze und ihre Bestimmungen für eine Aufhebung in Betracht ziehen können, indem sie einfach die enge Beziehung zwischen ihnen erklären. Diese große Aufhebungsmacht kann noch weiter gesteigert werden, wenn das Verfassungsgericht die Überprüfung eines neuen Gesetzes auch von Amts wegen vornehmen kann. Auf diese Weise können die Aufhebungsprozesse fast nach Belieben aktiviert werden. Zu all diesen Aspekten existieren in der Welt die verschiedensten Regulierungen; manche steigern die Macht des Trägers der juristokratischen Regierungsform, andere wiederum sichern die Machtposition der parlamentarischen Mehrheit. Zum Beispiel haben die Verfassungsrichter in Ungarn nach der Regelung der früheren ungarischen Verfassung bis 2012 in dieser Hinsicht größte Freiheit genossen, und alle Einzelpersonen und Organisationen hatten das Recht – in der sogenannten *Volksabstimmung* –, ohne irgendeine persönliche Betroffenheit eine Beschwerde gegen jedes Gesetz und jede Verordnung einzureichen. Diese alte Regelung enthielt keine Vorschriften zur Gebundenheit der Verfassungsrichter an den Rahmen des Antrags, sodass sie in dieser größten Ungebundenheit beliebig fast alle Rechtsvorschriften einer Überprüfung unterziehen. Es kam vor, dass die damaligen ungarischen Verfassungsrichter ein neues Gesetz aufheben wollten, dieses aber von niemandem infrage gestellt wurde, und dann hat plötzlich die Frau eines Mitarbeiters des damaligen Präsidenten des Verfassungsgerichts einen entsprechenden Antrag eingereicht, und das Verfahren konnte sofort eingeleitet werden. Umgekehrt wurde mit der neuen ungarischen Verfassung 2012 – im Sinne der aus den Problemen der Vergangenheit gezogenen Lehren – die uneingeschränkte Volksabstimmung über Verfassungsbeschwerden abgeschafft, und auch einige andere Berufungsmittel wurden aus den Kompetenzen der Juristokratie gestrichen. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass diese Fragen detailliert komparativ untersucht werden müssen, wenn wir in einem Land wissen wollen, ob die parlamentarische Mehrheit des Halbparlamentarismus noch über die wichtigsten Machtpositionen des Landes herrscht oder umgekehrt, die Kräfte der juristokratischen Regierungsform in diesem Bereich bereits die Oberhand haben.

Schließlich ist die Dauer des Mandats der Verfassungsrichter, die sie von der Wiederwahl durch die politischen Akteure trennt, für die Analyse der Stärke der juristokratischen Regierungsform wichtig. Trotz des stark monopolisierten Zugangs zur Verfassung und der breitesten Interpretationsmacht über die Verfassung auf der Grundlage ihrer allgemeinen leeren Formeln und darüber hinaus ist die ausreichende Aktivierungsgeschwindigkeit der Kompetenz zur Aufhebung der parlamentarischen Gesetze die Macht des Verfassungsgerichts über die parlamentarische Mehrheit noch einigermaßen eingeschränkt, wenn die Verfassungsrichter nur für einen kurzen Zeitraum ernannt werden. Auf diese Weise wird die Bestimmung der Kräfteverhältnisse des Verfassungsgerichts in eher kurzen Intervallen immer von der parlamentarischen Mehrheit und vom Staatsoberhaupt in Form der Ernennung neuer Richter zurückgenommen. Vor allem, wenn auch die Wiederwahl der alten Verfassungsrichter – neben dem kurzen Zyklus – möglich ist, ist der Gehorsam der Verfassungsrichter gegenüber der parlamentarischen Mehrheit meistens unvermeidlich. Mit all dem kann das Gewicht der Macht der juristokratischen Regierungsform gegen die parlamentarische Mehrheit unterhalb einer Schwelle gehalten werden. Umgekehrt gilt, dass wenn der Zyklus der Verfassungsrichter lang ist, sie letztlich auf Lebenszeit ernannt werden (vor allem, wenn es keine Obergrenze für einen Zwangsrücktritt gibt wie zum Beispiel in den USA), dann wird all das die Macht der Juristokratie steigern. Die sehr lange Amtszeit der Verfassungsrichter allein reicht aus, um das Gewicht der Macht über die anderen Zweige der Macht zu erhöhen, wie es in den USA zu sehen ist, wo die obersten Bundesgerichte in jeder Hinsicht eine beschränktere Macht haben als die neuen Verfassungsgerichte in Europa oder Asien.

## **Die objektiv-teleologische Gesetzesauslegung: Die Loslösung der Richter vom Gesetzestext**

Die Vorschriften der Gesetze stellen nur den Rahmen für die richterlichen Fallentscheidungen dar, sie bestimmen diese Entscheidungen nicht in vollem Umfang. Aber seit den frühen 1800er Jahren wurde eine gemeinsame Technik der Rechtsauslegung – basierend in erster Linie auf dem Interpretationskanon von Savigny – im deutsch-römischen Rechtskreis erarbeitet, und durch diese wurde die Gebundenheit der Richter an die Gesetze mehr oder weniger sichergestellt, und die genauen Regeln der

Präzedenzgebundenheit waren auch im anglo-amerikanischen Gewohnheitsrecht vorhanden. Dieser Interpretationskanon wurde dann in den 1870er Jahren in den kontinentaleuropäischen Ländern von Rudolf von Jhering ergänzt, und zum bis dahin vorliegenden Quartett der Kanons (grammatische, logische, systematische und historische Auslegung) wurde als fünfter Aspekt noch die teleologische Auslegung hinzugefügt. Jhering selbst befürwortete die Gesetzesgebundenheit des Richters, und er betrachtete diese Gebundenheit als eine der wichtigsten Grundlagen der Rechtssicherheit, die in der modernen Zeit noch wichtiger wurde, aber mit der Betonung des Zwecks hinter den Rechtsnormen – und damit das Zustandekommen der Möglichkeit der Konkurrenz zwischen dem Normtext und dem Normzweck – hat er unwissentlich dazu beigetragen, die Richter den Gesetzestexten zu entreißen. Einige Besorgnis erregende Entwicklungen im Strafrecht gab es schon nach dem Tod von Jherings im Jahr 1892. Von Jherings Schüler Franz von Liszt verwandelte den Zweckgedanken hinter dem Text 1887 in seiner Schrift in eine doppelte Anweisung für die Richter.<sup>18</sup> Nach seiner These ist der Text des Strafgesetzbuches für die Richter verbindlich, aber hinter diesem Text ist der den Text schaffende Zweck ebenfalls zwingend, und diese Verdoppelung ergab dann die Möglichkeit für die Richter, den Gesetzestext zu revidieren. In Anbetracht des Normzwecks kann immer vorgebracht werden, dass die Gesetzgeber die für den Zweck geeigneten richtigen Textphrasen nicht gefunden haben, und im Hinblick auf den Zweck kann der Text durch die Strafrichter immer verändert, neu geschrieben, erweitert oder eben verengt werden. Diese Interpretationswendung im Strafrecht stand im scharfen Gegensatz zum strafrechtlichen Rechtsprinzip des *nullum crimen sine lege*, das seit der Aufklärung in der modernen Ära als das wichtigste galt, sodass Franz von Liszt selbst vor der Folgen erschrak und die entsprechenden Teile aus seinem neu herausgegeben Lehrbuch im Jahr 1900 gelöscht hat.<sup>19</sup> Im Privatrecht gab es zunächst kein solches Problem, weil hier der Jheringsche Zweckgedanke von Philip Heck in seinen bahnbrechenden Schriften von 1912 so weitergeführt wurde, dass die Absichten der Gesetzgeber von der Interessenjurisprudenz in den Mittelpunkt gestellt wurden und die Gesetzesgebundenheit der Richter immer hervorgehoben wurde.

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu LISZT 1905, 126–179.

<sup>19</sup> Vgl. dazu die akademische Antrittsrede von FINKEY 1909, 24–25.

Diese Gesetzesgebundenheit bei der Interessenforschung begann sich dann in den 1950er Jahren in der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung zu verändern, und durch die Ausstrahlungseffekte dieser Wandlung kam es in mehreren Ländern in Kontinentaleuropa zu ähnlichen Wandlungen. Das zu tun, bedeutete eine Hilfe zu einer Erklärung nach dem Zweiten Weltkrieg, von der die Ungerechtigkeiten in Nazideutschland als die Folgen des Rechtspositivismus qualifiziert wurden, und sie hat begonnen, diese Sünden der geschulten Richterschaft in die Schuhe zu schieben. Heute ist diese Erklärung schon widerlegt – gerade als Ergebnis der gründlichen Analyse von Bernd Rüthers<sup>20</sup> –, aber ein an den Gesetzestext gebundener Richter ist noch immer ein negatives Modell für viele Rechtswissenschaftler. In diesem Klima bürgerte es sich dann ein, dass der Richter und die anderen Auslegungsexperten nicht zu suchen brauchen, was die Gesetzgeber mit der gesetzlichen Regelung tatsächlich erreichen wollten, sondern stattdessen was vernünftigerweise damit erreichen werden könnte.<sup>21</sup> Über die Vernünftigkeit soll der Richter immer individuell entscheiden, und sein Ausgangspunkt sollte bei der Erwägung immer sein, dass das Gesetz schlauer als der Gesetzgeber selbst war. Diese objektiv-teleologische Auslegungsmethode verbreitet sich in den letzten Jahren – meiner Meinung nach – auch deshalb in ganz Europa, weil die größte politische Bruchlinie in vielen Ländern Europas zwischen den Anhängern eines föderalen Europa und den Anhängern der nationalstaatlichen Struktur besteht. Die starken internationalen Netzwerke der Stiftungen mit Hunderten von Stipendien für die Gruppen von Rechtswissenschaftlern mit föderaler Ausrichtung können eine um Größenordnungen stärkere Wirkung ausüben als die Anhänger der nationalstaatlichen Gesetzgebung. Insbesondere kann diese Loslösung von den Gesetzestexten dann verwirklicht werden, wenn die Texte selbst immer weniger auf der Ebene der Regeltgenauigkeit, also nur als allgemeine Grundsätze oder abstrakte normative

<sup>20</sup> Vgl. dazu RÜTHERS 2012.

<sup>21</sup> In einer der Vorlesungen von Bernd Rüthers wird der Präsident des Bundesgerichtshofs zitiert, der in einem Artikel geschrieben hat: „Es geht also nicht darum, was sich der Gesetzgeber – wer immer das sein mag – beim Erlaß des Gesetzes gedacht hat, sondern darum, was er vernünftigerweise gedacht haben sollte. [...] eröffnet die objektive Theorie den Richtern die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt dann eben das geflügelte Wort, daß das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber.“ RÜTHERS 2007, 14.; Ders. noch ausführlicher in seinem oben bereits zitierten Buch RÜTHERS 2014, 89–95.

Erklärungen und verfassungsrechtliche Grundrechte, formuliert werden. Untersuchen wir jetzt die Änderungen, durch die der zuletzt erwähnte Trend vorangetrieben wurde.

## **Die Rollenverschiebung zwischen der Regeltgenauigkeit und den abstrakten Normativen im Rechtssystem**

Das auf der Rechtsdogmatik basierende Rechtssystem mit einem widerspruchsfreien Begriffsapparat wurde im 19. Jahrhundert in ganz Kontinentaleuropa verbreitet, und die alten juristischen Maximen, Parömien, *brocarda* und andere topische Gesichtspunkte wurden als widerspruchsvoll und dem systematischen Denken nicht entsprechend verworfen.<sup>22</sup> Aber parallel zu dieser Entwicklung hat in den frühen 1600er Jahren auch ein anderer Prozess eingesetzt. Einerseits wurde die Idee des säkularen Naturrechts innerhalb des Rechtsdenkens eingeführt, und andererseits wurde die Idee der Menschenrechte geschaffen, die in erster Linie von den Moralphilosophen propagiert wurde. Die abstrakten Menschenrechte halfen zwar bei den Kämpfen gegen die feudalen Verhältnisse, erwiesen sich aber nach der bürgerlichen Wende als ungeeignet zur Streitschlichtung in den täglichen richterlichen Prozessen. Denn in jedem Einzelfall muss einem dieser Rechte Priorität eingeräumt werden, und diese Priorität kann in einem anderen Fall gerade umgekehrt sein.

Die Ereignisse der Französischen Revolution von 1789 zeigten, dass sich die Anführer der Revolution mit Blick auf die Menschenrechte als absoluten Anforderungen fast ausnahmslos gegenseitig abschlachteten. Die französischen Revolutionäre haben ihre Überzeugungen in der Deklaration der Menschenrechte von 1789 für die Nachwelt hinterlassen, und obwohl diese Gedanken in Europa wegen der schrecklichen Erfahrungen der Revolution noch längere Zeit keine unmittelbaren Folgen hatten, wurden sie in die Verfassung der Vereinigten Staaten inkorporiert. Diese Menschenrechte waren größtenteils politischer Natur (Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit etc.) und wurden später auch in Kontinentaleuropa in die revolutionären Verfassungspläne von 1848 integriert. Aber diese galten nur als Zielsetzungen für die Gesetzgebung und waren bei der Urteilsfällung kein bindendes Recht für die Richter. Diese Eigenschaft blieb auch erhalten,

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu STEIN 1966, 87–91.

als die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten im Jahre 1803 eingerichtet wurde. Denn die Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutete hier zuerst nur die Entscheidung des Supreme Court in den Auseinandersetzungen des Bundes mit den einzelnen Bundesstaaten in Fragen der gesetzgeberischen Kompetenzen. Diese Eigenschaft der Verfassungsgerichtsbarkeit begann sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu wandeln, und Schritt für Schritt wuchs die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die inkorporierten Menschenrechte. Das bedeutete die inhaltliche Überprüfung der einzelnen Gesetze durch die höchsten Gerichte, und damit begann die Verfassungsgerichtsbarkeit als Korrektiv zur gesetzgebenden Volksvertretung zu funktionieren.

Aus rechtssoziologischer Perspektive kann man sagen, dass diese Wandlung für die Elitegruppen, die bei den Kongresswahlen keine Mehrheit erreichen konnten, eine Möglichkeit eröffnete, durch die Beeinflussung der Verfassungsgerichtsbarkeit eine gewisse Kontrolle über die Gesellschaft zu erzielen. Diese Strategie wurde von Gruppen des großen Finanzkapitals in den 1910er Jahren ausgearbeitet. In ihren Kämpfen gegen die konservativen Gruppen des Produktionskapitals unterstützten sie die Rechte der Minderheiten – zuerst die der Schwarzen, dann die der Homosexuellen, der Frauen usw. Die massive konservative Mehrheit im Kongress wurde so in viele Minderheiten zersplittert, sodass die Umgestaltung der Gesellschaft nicht durch die Kongressmehrheit bestimmt wurde, sondern aufgrund der Inkorporation der Menschenrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit des Supreme Court. Die Dominanz des Finanzkapitals über die amerikanische Gesellschaft gegen die Gruppen des Produktionskapitals wurde durch die Verfassungsgerichtsbarkeit und durch die „Minderheitswaffe“ zustande gebracht, und von den finanzkapitalistischen Gruppen wurden Stiftungen ins Leben gerufen, die später den Kampf für die Menschenrechte aufnahmen: „The American Fund for Public Service was created in 1922, and for a short time it supported key rights-advocacy efforts. Roger Baldwin, the Director of the ACLU, became the director of the new fund as well, and the original board of directors consisted largely of the members of the ACLU's national committee [...] the Fund supported a wide array of left-wing causes in the twenties and thirties and the Fund was the primary source of financial support for court battles directed by the ACLU in the twenties [...] The stock market crash of 1929 devastated the Fund, however, and as a consequence its support for litigation dropped dramatically



in the thirties.“<sup>23</sup> Auf diese Weise wurde der *Federal Supreme Court* das höchste Organ zur Schaffung der grundlegenden Rechtsnormen, und mit den 1960er Jahren begann die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die alltäglichen Entscheidungstätigkeiten der Gerichte unter ihre Kontrolle zu stellen. Neue Techniken der politischen Kämpfe wurden durch diese Prozesse geschaffen, und es wurde die Rolle des *movement lawyer* („cause lawyer“) ins Leben gerufen, der auf der Grundlage der Menschenrechte in der Verfassung für verschiedene Minderheiten auf dem Rechtsweg und nicht als Politiker im Gesetzgebungsverfahren kämpfte.<sup>24</sup>

Diese Ereignisse förderten neue rechtstheoretische Schulen in den 1960er Jahren in den Vereinigten Staaten, die einerseits das rechtsdogmatische System angriffen und andererseits die juristische Argumentation mittels moralischer Maximen und Rechtsprinzipien neuerlich ins Zentrum des Rechtsdenkens stellten.

*Die Rehabilitierung der Maximen und der allgemeinen Rechtsprinzipien über die Rechtsregel.* Während der oben beschriebenen „Grundrechtsrevolution“ rückten die früher diskreditierten Maximen und Rechtsprinzipien neuerlich ins Zentrum des Rechtslebens der Vereinigten Staaten, und das auf der Rechtsdogmatik basierende systemische Recht wurde als formalistisch teilweise beiseitegeschoben. Im praktischen Rechtsleben orientierten sich die Gerichte immer stärker an den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen des Supreme Court, und parallel dazu gründeten sie ihre Urteile zunehmend auf die Grundrechte der Verfassung und die abstrahierten Rechtsprinzipien statt auf die einfachen Gesetzesregeln. Dieser Vorgang wurde von politischen Kämpfen der verschiedenen Gruppen des Großkapitals begleitet, und die Umwandlung des Rechts von einfachen Gesetzesregeln zur Anwendung der Grundrechte der Verfassung (und zu verfassungsgerichtlichen Entscheidungen) wurde in erster Linie von Gruppen des Finanzkapitals angeregt. Diese Gruppen konnten die Kontrolle der Massenmedien und des Kulturbetriebs schon am Anfang des 20. Jahrhunderts erlangen und – mit Gramsci gesagt – eine „organische Intelligenz“ für die Verteidigung ihrer Interessen ausbauen, sodass die positive Bewertung seitens der öffentlichen Meinung für diese Umwandlung des Rechts gesichert wurde. Die Wandlung wurde seitens des Kulturbetriebs

---

<sup>23</sup> EPP 1998, 58.

<sup>24</sup> Siehe zu *cause lawyering*: SCHEINGOLD 1998.

mithilfe der organischen Intelligenz des Finanzkapitals so interpretiert, dass von jetzt an „die Rechte der Menschen statt der Gesetze der Politiker“ bestimmend wurden, und die abstrakten Rechte der Verfassung sowie die Rechtsprinzipien neuerlich ins Zentrum des amerikanischen Rechtslebens gerückt wurden.

In diesem geistigen Klima trat Ronald Dworkin auf und betonte die Priorität der Rechtsprinzipien vor den Regeln des Rechts. Dworkin formulierte diese These gegen das Buch „The Concept of Law“ von H. L. A. Hart, der die herrschende Meinung über das moderne Recht als auf Regeln basierte Rechtsanwendung zum Ausdruck gebracht hatte. Dworkin betonte gegen dieses Konzept, dass das Recht beschnitten würde, weil es neben den Regeln des Rechts auch vor den Rechtsprinzipien stünde. Wenn es in einem Rechtsfall zu einer Kollision zwischen den Regeln und den Rechtsprinzipien komme, hätten die Rechtsprinzipien die Priorität.<sup>25</sup>

In der deutschen Rechtswissenschaft gab es schon 1953 einen Rehabilitierungsversuch zugunsten der juristischen Maximen und Rechtsprinzipien, als Theodor Viehweg statt der systematischen Rechtsdogmatik das mittelalterliche topische Rechtsdenken zurückholen wollte. Nach einer längeren Diskussion wurde dieser Versuch aber abgelehnt und nur als partielle Korrektur der Rechtsdogmatik akzeptiert.<sup>26</sup> Eine ähnliche Kritik wegen zu abstrakter normativer Gesichtspunkte erfuhren in den 1970er Jahren die Generalklauseln, die nur leere Scheinanweisungen bei der Urteilsfällung abgäben und faktisch den Richtern die Bestimmung des Rechts überließen.<sup>27</sup> Auf diese Weise blieben die Maximen und die abstrakten Rechtsprinzipien im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken als partielle Hilfe der systematischen Rechtsdogmatik den Gesetzesregeln untergeordnet, wie es auch schon vor sechshundert Jahren von Bartolus und Baldus verlangt wurde.

Man muss aber sehen, dass das Denken in Rechtsprinzipien und Maximen wegen des starken Drucks der Grundrechte und der Verfassungsgerichtsbarkeit in den letzten Jahrzehnten auch in den kontinental-europäischen Ländern große Unterstützung erhalten hat. Die Verschiebung

<sup>25</sup> Siehe: DWORKIN 1977.

<sup>26</sup> Siehe VIEHWEG 1974. Zur Diskussion dieser Idee: F. S. für T. Viehweg (BALLWEG [Hrsg.] 1982). Zur partiellen Anwendung der topischen Methode: ESSER 1956. Außerdem: CANARIS 1969.

<sup>27</sup> Siehe z. B. TEUBNER 1971.

der Gesellschaftskontrolle und der höchsten staatlichen Machtspitze von der Gesetzgebung zum jeweiligen Verfassungsgerichtshof nach amerikanischem Vorbild konnte in den 1990er Jahren insbesondere in den neuen osteuropäischen Demokratien beobachtet werden, sodass das Denken in abstrakten Rechtsprinzipien und Maximen statt des Systemdenkens hier eine besondere Rolle spielt. Für die Verschiebung von den Regeln der einheimischen Gesetze hin zu den abstrakten Rechtsprinzipien ist neben dem Einfluss der USA als Siegermacht nach dem Zweiten Weltkrieg und als führender Weltmacht auch die Kontrolle der nationalen Gesetzgebungspraktiken durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg verantwortlich. Als Ergebnis können z. B. in Ungarn die Bestrebungen zur Unterdrückung der systematischen Rechtsdogmatik beobachtet werden, und sogar innerhalb des Privat- und des Strafrechts gibt es schon Verschiebungen vom rechtsdogmatischen Systemdenken in Richtung auf das lockere topische Denken in Rechtsprinzipien und Maximen.

## **Politische Willensbildung durch richterliche Prozesse**

In den westlichen Gesellschaften ist es seit Anfang des 20. Jahrhundert möglich, durch demokratische politische Kämpfe der großen gesellschaftlichen Gruppen den Inhalt der Gesetze zu bestimmen und die Interessen und Werte der einzelnen Gruppen in die Gesetzesinhalte einzubringen. Der wichtigste Weg dafür sind die parlamentarischen Wahlen und die Wahlkämpfe, beziehungsweise die politischen Kämpfe während der Wahlperiode dienen dazu, die Millionen Wähler von der Wichtigkeit dieser Interessen und Werte zu überzeugen. Bei dieser Anordnung werden die Endergebnisse der politischen Kämpfe von den Gesetzesinhalten getragen, und die Verlierer warten immer auf die nächste Wahl, um die Gesetzesinhalte verändern zu können. In diesem Arrangement wenden die Richter in ihren Fallentscheidungen die präzisen gesetzlichen Regelungen an, die nur einen engen Rahmen für die Auslegung lassen, und sie können sich, ob sie wollen oder nicht, nur politisch neutral verhalten. In dieser Situation gibt es nicht viele Möglichkeiten für die Richter, ihre eigenen politischen Präferenzen in den Fallentscheidungen zu verwirklichen.

Dieses Arrangement konnte in der oben geschriebenen Entwicklung geändert werden, und diese Änderungen wurden in den Vereinigten

Staaten seit Anfang der 1960er Jahre tatsächlich verwirklicht.<sup>28</sup> Durch diese Änderungen wurde es für große Gruppen der Gesellschaft möglich, ihre politischen Kämpfe nicht auf dem parlamentarischen Weg zu organisieren, um die Bestimmung der Gesetzesinhalte zu beeinflussen, sondern unmittelbar durch die Verfahren in den Gerichtssälen. Vom Anfang der 1900er Jahre wurde es üblich, dass sich gesellschaftliche Minderheiten, die bei den Kongresswahlen keine Chance gegen die Mehrheit hatten, direkt an die Gerichte wandten und mit der Betonung der Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte versuchten, die Rechtslage durch die richterlichen Urteile in Richtung ihrer Interessen zu verändern. Die Erfolge der Schwarzen mit dieser neuen politischen Willensbildung veranlassten auch die anderen gesellschaftlichen Minderheiten dazu, diesen richterlichen Weg der Politik zu benutzen, um zu erreichen, was sie wegen der legislativen Mehrheit im Kongress nicht erreichen konnten. In den frühen 1960er Jahren unter den damaligen Präsidenten Kennedy und dann Johnson wurden diese Bestrebungen von der Mehrheit der Demokraten positiv bewertet, und der neue Weg der Politik durch richterliche Verfahren wurde durch spezielle Gesetze unterstützt. Die Verteidiger dieses neuen politischen Weges erlebten diese Veränderungen und die gesellschaftlichen Änderungen, die aus ihnen resultierten, als Grundrechtsrevolution.<sup>29</sup> Es muss jedoch erwähnt werden, dass die US-Gerichte infolge dieser Veränderungen stark politisiert wurden und die richterlichen Prozesse in den Gerichtssälen manchmal wie parlamentarische Kämpfe abliefen. Von da an war es vor der Auswahl und Ernennung der Bundesrichter das Wichtigste, zu wissen, welche politischen Werte die Kandidaten vertreten, und zu versuchen, anhand ihrer früheren Äußerungen und ihrer Lebensläufe herauszufinden, welche politischen Einstellungen sie später in den richterlichen Entscheidungen zur Geltung bringen würden. Manchmal spielt sich der Ernennungsprozess der neuen Richter in den Massenmedien mit intensiven politischen Kämpfen wie bei der Präsidentschaftswahl ab. Auf diese Weise entstehen zwischen den Richtern der Gerichte in den Vereinigten Staaten dauerhafte politische Bruchlinien, und die gerichtlichen Entscheidungsprozesse laufen wie politische Debatten ab, wenn auch mit anderen Argumenten als im Falle der Abgeordneten im Kongress.

---

<sup>28</sup> Vgl. dazu EPP 1998.

<sup>29</sup> Als Theoretiker und aktiven Kämpfer des *movement lawyering* kann Stuart Scheingold genannt werden, vgl. dazu SCHEINGOLD 1998.

Diese Entwicklung kann man so zusammenfassen, dass die in die Gerichtssäle getragenen politischen Kämpfe am direktesten die Veränderung der Grundstrukturen des Rechtsstaats in Richtung eines juristokratischen Staats zeigen und man während dieser Entwicklung beobachten kann, wie das Trio der getrennten Politik / Verwaltung / Justiz schrittweise durch die Zweiteilung der durchpolitisierten Justiz und der verrechtlichten Politik ersetzt wurde und wie die Tätigkeit der Verwaltung direkt von dieser Struktur bestimmt wird. Natürlich hat sich diese Änderung in Europa erst in geringem Umfang vollzogen, ist aber in Spuren schon an vielen Orten präsent. Die Bestrebungen für die Übertragung gehen meistens von den amerikanischen Stiftungen aus, die schon über reichlich lokale Erfahrungen verfügen, oder von anderen von ihnen unterstützten Stiftungen (z. B. Norway Grants in Ungarn). Aber bisher konnten sie in den europäischen Ländern nur dann einige Erfolge in dieser Richtung erreichen, wenn sie auch in der heimlichen Richterschaft Verbündete finden konnten. Ich bin der Meinung, dass diese Entwicklung in den letzten Jahrzehnten eher in Osteuropa als in Westeuropa stattgefunden hat. Denn die westeuropäische Rechtskultur hat eine stärkere Immunität gegen diesen Einfluss als die von vierzig Jahren Sowjetdiktatur geprägte der osteuropäischen Länder.

## **Moralischer Diskurs und deliberative Demokratie**

Während der Erforschung der Umwandlung des Rechtsstaats in Richtung eines juristokratischen Staates können in den letzten Jahrzehnten auch im Bereich der Moraltheorie Veränderungen beobachtet werden, bei denen an die Stelle der Millionen der Massengesellschaft und ihrer parlamentarischen Demokratie eine enge Elitenmoral und eine damit verbundene Justiz treten.<sup>30</sup> Die Vorgeschichte dieser Veränderung geht auf die Konfrontation zwischen Kants individueller Moralphilosophie und Hegels Philosophie der öffentlichen Sittlichkeit zurück, in der Kant die öffentliche Sittlichkeit lediglich als minderwertige Gewohnheitssitte bewertete und die wahre Moral an bewusste Entscheidungen des Einzelnen geknüpft war. In den letzten Jahrzehnten wurde Kants These von Jürgen Habermas' Diskursmoral – mit großer journalistischer Unterstützung – radikalisiert, und er hat letztlich die

---

<sup>30</sup> Eine ausführliche Analyse dieser moraltheoretischen Entwicklung siehe in meiner anderen Arbeit: POKOL 2012, 185–209.

Moral selbst als Normensystem des Verhaltens verworfen und sie lediglich als kulturelles Wissen bewertet. Nach Habermas' Auffassung können die moralischen Richtlinien in den komplexen modernen Gesellschaften nur durch den Diskurs der aktiven Bürger und immer fallweise als Diskursmoral zustande gebracht werden, und in der deliberativen Demokratie müssen diese von der Zivilgesellschaft ausgehandelten moralischen Richtlinien als Grundlage für die Gesetze benutzt werden. Damit sind Moral und Recht in dieser Theorie verflochten, und das führt zu einem höheren Status des durchmoralisierten Rechts. Letztendlich werden die Gesetze der Gesetzgebung auf diese Weise nicht durch die Moral als öffentliche Moral der Millionen, sondern durch die moralischen Richtlinien der Intellektuellen der Zivilorganisationen bestimmt.<sup>31</sup>

Habermas möchte – nach seinen subjektiven Absichten – die auf die bloße Stimmabgabe verengte Demokratie in eine wahre debattierende, deliberative Demokratie umwandeln und aufbessern. Aber aufgrund einer realistischen Einschätzung fehlt bei dieser Bestrebung einerseits die tatsächliche kleine Möglichkeit der Millionen der Menschen zur Teilnahme an zivilgesellschaftlichen Diskursen, andererseits die Möglichkeit des Verstehens der schwierigen Sachfragen in den täglichen moralischen Diskursen der Durchschnittsbürger. In der Tat können in den Debatten von NGOs regelmäßig nur die Intellektuellen – befreit von der mühsamen täglichen geistigen oder körperlichen Arbeit – teilnehmen, und die deliberative Demokratie kann sich in der Realität erst in Form der Debatten der Verfassungsrechtler, Politologen, Soziologen, Ökonomen usw., der Rundtischgespräche im Fernsehen verwirklichen, wie wir sie jeden Tag sehen. Darüber hinaus kann sich dieser enge Kreis nur durch die mit großen Geldsummen betriebenen Massenmedien in die öffentlichen Diskurse einschalten, und die Zahl dieser Medienintellektuellen kann im ganzen Land nicht mehr als ein paar Hundert oder ein paar Tausend betragen, von denen die Debatten in den Fernsehsendern, in den Tages- und Wochenzeitungen und auf den Onlineportalen geführt werden. Aber diese Medien sind politisch nicht neutral, und die Debatten beziehungsweise die Teilnehmer sind sorgfältig nach den entsprechenden Gesichtspunkten sortiert. Unter diesen Bedingungen würde von der deliberativen Demokratie nicht eine verbesserte Qualitätsdemokratie, sondern die Herrschaft kleiner Intellektuellenkreise zustande gebracht – trotz Habermas' Vorstellungen. Die Verbreitung und

<sup>31</sup> Siehe HABERMAS 1992, 146.

Wiederholung der Argumente über die Minderwertigkeit der parlamentarischen Demokratie reduzieren jedoch in der breiten Öffentlichkeit weiter die Legitimität der parlamentarischen Gesetzgebung, und auf diese Weise werden Auslegungsmethoden befördert, die statt der Gesetzesgebundenheit der Richter ihre freie moralische Rechtsfindung bestärken.<sup>32</sup>

Eine andere Version der direkten Verbindung der Moral und des Rechts wird durch die Menschenrechtsideologie verwirklicht. Vom Anfang des 19. Jahrhunderts hat die Idee des Naturrechts in Europa aufgehört zu existieren, aber in den Vereinigten Staaten ist die Menschenrechtsideologie lebendig geblieben, und nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die ehemalige Idee des Naturrechts durch die Dominanz der USA wiederbelebt. Als eine Folge davon wurden die internationalen Verträge über die Bürgerrechte in der Menschenrechtskonvention niedergelegt. Diese Konvention ist wie jedes andere internationale Abkommen gleichermaßen legalistisch durchdacht und formuliert, und ihre fallweise Verwendung erfolgt durch ebensolche rechtlichen Auslegungsmethoden wie in den anderen Bereichen des Rechts, aber durch die Nennung der Menschenrechte erhält sie einen Akzent, der sie als ein durchmoralisiertes Recht ausweist: ein Recht durchdrungen von der Moral. Seine Verletzung ist also nicht einfach eine „Rechtsverletzung“ – besonders in den Darstellungen der Massenmedien –, sondern auch ein moralisch verabscheuungswürdiger und schändlicher Vorfall. Während es oftmals vorkommt, dass der für die Verletzung der Menschenrechtskonvention verurteilte Staat mit Recht darauf verweist, dass der Wortlaut des Übereinkommens vom Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg am weitesten ausgelegt wurde und dieser weit über die menschenrechtlichen Vorschriften hinausgegangen ist. Aber der moralische Akzent duldet keine „wortklauberische Argumentation“ ...

Zusammenfassend kann man sagen, dass durch diese moraltheoretischen Unterstützungen und sprachpolitischen Wendungen die Dominanz der Träger des juristokratischen Staates der Kritik entzogen wird, und wer das tut, ist von vornherein benachteiligt.

---

<sup>32</sup> Im Unterschied zu Habermas erscheint in den Schriften von Gerard Postema das Bild des mit Moral durchtränkten Richters, siehe dazu POSTEMA 1980.

## Der juristokratische Staat in Ungarn

Jetzt komme ich zur Analyse der Lage in Ungarn, und es soll betont werden, dass die oben genannten Veränderungstendenzen nur einen analytischen Rahmen für die strukturellen Eigenschaften des juristokratischen Staates in idealtypischer Reinheit skizzieren sollten. Wie er tatsächlich in einigen Staaten verwirklicht wurde – das heißt, in welchem Maße die Umwandlung in einen juristokratischen Staat bereits stattgefunden hat –, kann nur durch eingehende Analysen gezeigt werden. Diese spezifische Analyse sollte zunächst darauf abzielen, wie in dem betroffenen Staat die Vorschriften der Verfassung beziehungsweise das Gesetz über das Verfassungsgericht die relevanten Bereiche regeln. Weiterhin sollte bei der Analyse berücksichtigt werden, unter welchen politischen, organisatorischen und prozessrechtlichen Funktionsbedingungen die Staatsgewalten – unten ihnen das Verfassungsgericht – ihre Tätigkeiten ausüben. Also ist die erste Frage, die es in Ungarn zu analysieren gilt, wie umfangreich die Kompetenzen sind, die dem Verfassungsgericht von der 2012 in Kraft getretenen Verfassung und darauf basierend vom Gesetz über das Verfassungsgericht zugeteilt wurden. Aufgrund dieser Analyse kann einerseits geklärt werden, in welchem Maße die übrigen Staatsgewalten durch die juristokratische Regierungsform in Ungarn zurückgedrängt wurden, und darüber hinaus, in welchem Umfang sich der Staat als Ganzes in einen juristokratischen Staat umgewandelt hat. Die nächste Frage ist, inwieweit es die institutionelle Struktur beziehungsweise die Entscheidungsprozesse dem Verfassungsgericht ermöglichen, die konstituierende Macht zu besitzen und die Präzedenzen seiner Rechtsprechung als Pseudoverfassung an die Stelle der ursprünglichen zu stellen. Dann geht die Analyse über die Verfassungsgerichtsbarkeit hinaus, und in Bezug auf die ganze Richterschaft wird gefragt, inwieweit es in Ungarn zu einer Dominanz der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode über die die Gesetzesgebundenheit sicherstellenden Methoden gekommen ist. Eine weitere Frage der Analyse ist, welche Bedeutung die Generalklauseln, die leeren verfassungsrechtlichen Deklarationen, Wertungen und Formeln anstelle von Normen auf der Ebene der Regelgenauigkeit in den richterlichen Entscheidungsprozessen erlangen konnten. Ebenso soll das Ausmaß untersucht werden, das die politischen Kämpfe durch die richterlichen Prozesse in Ungarn erreichen konnten, wie letztlich die moralische und theoretische Unterstützung dieser rechtlich-politischen Kämpfe auch zur Verwirklichung des juristokratischen Staates beitragen kann. All diese



Fragen können nur durch gründliche Forschung geklärt werden, aber als Ausgangspunkt können nun kurz einige Antworten präsentiert werden.

Das ungarische Verfassungsgericht kann aufgrund der Regelungen des Grundgesetzes und der des Gesetzes über das Verfassungsgericht (GüV) als eines der mächtigsten Verfassungsgerichte der Welt bezeichnet werden. Das neue Grundgesetz, das seit 2012 in Kraft ist, hat dem Verfassungsgericht das Recht der Kontrolle über die gerichtlichen Entscheidungen gewährt, und dazu kommt noch seine Befugnis für die direkte Kontrolle der Gesetze des Parlaments und der übrigen Rechtsnormen. Darüber hinaus muss man auch darauf hinweisen, dass das Verfassungsgericht während des Prozesses der Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen immer auch eine Kontrolle der zugrunde liegenden Rechtsvorschriften durchführen kann, ja sogar der eng damit verbundenen Vorschriften, oder es kann das ganze Gesetz aufheben.<sup>33</sup> Aber wenn die Verfassungsrichter die einer Kontrolle unterzogenen Rechtsnormen nicht aufheben wollen, können sie ihren Inhalt ändern oder ergänzen. Denn sie haben die Möglichkeit, die geprüfte Rechtsnorm nur mosaikartig aufzuheben, und von da an kann diese Vorschrift nur in dieser veränderten Form angewandt werden. Weiterhin kann das Verfassungsgericht der geprüften Rechtsnorm auch eine konstitutionelle Anforderung beifügen, sodass die Gerichte diese Rechtsnorm von da an nur zusammen mit dieser ergänzenden Anforderung anwenden können.<sup>34</sup> Darüber hinaus können die Verfassungsrichter meistens wählen, ob sie die geprüfte Rechtsnorm aufheben oder stattdessen eine legislative Unterlassung feststellen und den Gesetzgeber auffordern, die festgestellten Lücken anhand des angegebenen Inhalt auszufüllen.<sup>35</sup> Anders betrachtet kann es aber als Einschränkung des Verfassungsgerichts bewertet werden, dass das Grundgesetz ihm mit einer seiner Vorschriften explizit verbietet, Verfassungsänderungen inhaltlich zu prüfen. Diese Änderungen können vom Verfassungsgericht nur aufgrund von Prozessregeln geprüft werden, die das Grundgesetz selbst beinhaltet.<sup>36</sup> Diese Regelung resultierte aus der Erfahrung, dass wenn in einem Land die Frage der Kontrolle der Verfassungsänderung in der Verfassung nicht explizit geregelt ist, innerhalb des Verfassungsgerichts oft Bestrebungen aufkommen, die die ganze

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu § 28 Absatz 1 des Gesetzes über das Verfassungsgericht.

<sup>34</sup> Vgl. dazu § 46 Absatz 3 des Gesetzes über das Verfassungsgericht.

<sup>35</sup> Vgl. dazu § 46 Absatz 1–2 des Gesetzes über das Verfassungsgericht.

<sup>36</sup> Vgl. dazu § 24 Absatz 5–6 des Grundgesetzes.

Verfassungsänderung einer Kontrolle unterziehen, wie es tatsächlich in Ungarn passiert ist.

In Bezug auf das Gewicht des Verfassungsgerichts und der hauptsächlich von ihm geprägten juristokratischen Regierungsform in Ungarn kann eindeutig festgestellt werden, dass die öffentlich-rechtliche Position dieser Regierungsform stark ist und die Position der parlamentarischen Mehrheit – und die davon geprägte Regierungsmacht – in großem Maße in eine halbparlamentarische Regierungsform zurückgedrängt wurde. In jeder der vier aufgeführten Dimensionen genießt das Verfassungsgericht ein hohes Maß an Priorität. 1) Das Verfassungsgericht hat einen stark monopolisierten Zugang zur Verfassung und zum Gesetz über seine Organisation und Tätigkeit, und daran kann nur im Falle einer Zweidrittelmehrheit im Parlament gerührt werden. Das heißt, solange es keine solche Mehrheit gibt, haben die Verfassungsrichter ein Monopol in diesem Bereich. 2) Die Formulierungen des Textes des Grundgesetzes in Ungarn basieren in großem Maße auf allgemeinen Erklärungen und vagen Prinzipien, und diese vagen Formeln und Deklarationen erteilen den Verfassungsrichtern die größte Bevollmächtigung, die ganze Staatsmacht zu kontrollieren. 3) Die Aktivierungsgeschwindigkeit der Kompetenz des Verfassungsgerichts ist bei der Aufhebung von Gesetzen ziemlich hoch, obwohl sie durch die Eliminierung der Möglichkeit, dass jedermann eine Volksabstimmung initiieren kann, etwas reduziert wurde. 4) Schließlich beträgt die Dauer des nicht verlängerbaren Mandats der Verfassungsrichter in Ungarn 12 Jahre ohne Altersgrenze, und sie werden für diese lange Zeit von den politischen Akteuren getrennt. Andererseits ist diese Zeit dafür geeignet, die Mehrheiten von drei parlamentarischen Zyklen zu kontrollieren.

Die nächste Frage ist die der Entstehung einer Pseudoverfassung aufgrund der Präzedenzen der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts anstelle der ursprünglichen schriftlichen Verfassung in Ungarn, und der Beobachter ist in einer bequemen Position. Denn der erste Präsident des Verfassungsgerichts – László Sólyom – hat sofort in den ersten Monaten nach der Errichtung dieses Gerichts deklariert, dass die Aufgabe des Verfassungsgerichts darin bestehen würde, mit seinen Entscheidungen eine „unsichtbare Verfassung“ zustande zu bringen, die als eine für ewig gültige Verfassung einen Vorteil gegenüber der geschriebenen Verfassung

genießen sollte.<sup>37</sup> Vielleicht wurde diese These auf der ganzen Welt noch niemals so offen deklariert, obwohl die Deutschen das in der Tat schon ab den späten 1950er Jahren praktiziert haben und die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auch in Deutschland eine Pseudoverfassung zustande gebracht hat. Bei diesem Verfahren werden die relevanten Vorschriften der Verfassung formal und höflich erwähnt, aber die tatsächliche Argumentation und Entscheidung werden nach der Pseudoverfassung getroffen. Der erste Präsident des Verfassungsgerichts in Ungarn hatte diese Methode gleich am Anfang der Verfassungsgerichtsbarkeit erkannt und setzte sie ganz offen vor die Öffentlichkeit, und dann wurde sie von ihm als Konzept der „unsichtbaren Verfassung“ bezeichnet. Ich habe die Vermutung, dass diese offene Verlautbarung – neben dem grundlegenden Mangel an tief verwurzelten demokratischen Traditionen – auch dadurch möglich wurde, dass es in Ungarn nie ein Verfassungsgericht gegeben hatte und darüber in Juristenkreisen auch keine Kenntnisse vorhanden waren. Die Entscheidungspraxis aufgrund der »unsichtbaren Verfassung« hat sich dann so fest etabliert, dass trotz der neuen Verfassung von 2012 – und trotz des darin ausgesprochenen Verbots! – die Entscheidungen bis heute von der Mehrheit der Verfassungsrichter noch immer aufgrund der alten verfassungsgerichtlichen Präzedenzen (das heißt, der unsichtbaren Verfassung) getroffen werden.

Es ist noch anzumerken, dass diese von den Deutschen übernommene Entscheidungspraxis in Europa nicht nur in Ungarn, sondern auch in Spanien und Litauen umgesetzt wurde, während eine Trennung von der ursprünglichen schriftlichen Verfassung in Kroatien, Slowenien und der Tschechischen Republik nicht zu beobachten ist.<sup>38</sup>

Die Verbreitung der objektiv-teleologischen Auslegung – und damit die Annäherung an den juristokratischen Zustand – kann in Bezug auf die Richterschaft in Ungarn nicht festgestellt werden, und die Mehrheit der Richter scheint bei der gesetzestreuen Interpretationsmethode zu bleiben. Obwohl Artikel 28 des Grundgesetzes die Auslegung der Richter in Übereinstimmung mit dem Zweck der Rechtsvorschriften verbindlich vorgeschrieben hat, gibt es noch keine klare Erkenntnis darüber, ob diese Zweckorientierung aufgrund der subjektiven Zwecke der Gesetzgeber

---

<sup>37</sup> Vgl. dazu die parallele Begründung von László Sólyom über die „unsichtbare Verfassung“ in der Entscheidung Nr. 23/1990 (X. 31.) des Verfassungsgerichts Ungarns.

<sup>38</sup> Vgl. dazu ausführlich POKOL, 2015a.

oder der objektiv-teleologische Methode weitergehen wird. Die verbreitete Einstellung innerhalb der ungarischen Richterschaft kann eher der erstgenannten Methode förderlich sein.

Die Verbreitung der Benutzung der allgemeinen normativen Wertungen und abstrakten Prinzipien anstelle der relevanten Vorschriften – oder mindestens neben ihnen – kann aber schon in der Urteilstätigkeit in den letzten Jahren gefunden werden, und in einigen neugeschaffenen Gesetzbüchern wurde in den einführenden Bestimmungen vorgeschrieben, dass die einzelnen Vorschriften in dem Gesetz immer mit Hilfe der allgemeinen Rechtsgrundsätze ausgelegt werden sollten. In den letzten Jahren wurde diese Auslegungsrichtung dadurch weiter gestärkt, dass Artikel 28 des neuen Grundgesetzes auch vorschreibt, die Auslegung immer in Übereinstimmung mit den Grundrechten und den Werterklärungen des Grundgesetzes vorzunehmen. Ob diese Auslegungsvorschriften in Zukunft die stärkere Trennung der Richterschaft von der Gesetzestreue verursachen werden, kann man heute noch nicht sagen.

Was die politischen Kämpfe durch richterliche Prozesse in Ungarn angeht, kann festgestellt werden, dass die Verlagerung dieser Kämpfe von den Parlamentssitzungen in die Gerichtssäle erst begonnen hat. Diese Veränderung wurde meistens von den amerikanischen Stiftungen, insbesondere von der Finanzierung durch das Soros Foundation Network (Open Society, Helsinki-Komitee usw.) vorangetrieben, und am Anfang der 90er Jahren wurden einige Tochterorganisationen der amerikanischen *movement lawyering* in Ungarn zustande gebracht. Die Politik durch richterliche Prozesse konnte aber nur eine bescheidene Rolle erreichen. Allerdings betätigt sich dieses Motiv hinter einem Teil der eingereichten Verfassungsbeschwerden, und obwohl diese formal als Beschwerden von Einzelpersonen eingereicht werden, betätigten sich hier tatsächlich die spezialisierten Tochterorganisationen des amerikanischen *cause lawyering*.<sup>39</sup>

Schließlich, um zur moralischen Grundlage des juristokratischen Staates zu kommen, kann man sagen, dass es Bestrebungen in dieser Richtung in engen intellektuellen Kreisen in Ungarn gab und gibt. Diese Bestrebungen haben aber nur in winzigen aktivistischen Kreisen nennenswerten Einfluss, und die breitere intellektuelle Öffentlichkeit ließen ihre Argumente kalt. Im Gegensatz dazu erlangte die Menschenrechtsideologie

---

<sup>39</sup> Zum Beispiel können als solche Organisationen in Ungarn die Vereinigung für Menschenrechte oder die Organisation átlátszó.hu (ein Internetportal) genannt werden.

der miteinander zusammenhängenden rechtlichen und moralischen Argumente einen breiteren Einfluss bei den Intellektuellen. Allerdings kann die Verschiebung in Richtung auf den juristokratischen Staat in Ungarn nicht so sehr durch diesen Erfolg verursacht werden, sondern – meiner Meinung nach – viel eher dadurch, dass es bei uns niemals einen massenhaften Glauben an die Demokratie gab.

## Bibliographie

- BALLWEG, Ottmar (Hrsg.) (1982): *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*. Freiburg – München, K. Alber.
- BORNEMANN, Basil (2007): Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgericht? Systemtheoretische Betrachtungen zum Wandel des Verhältnisses von Recht und Politik und zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 28, Heft 1, S. 75–95. DOI: <https://doi.org/10.1515%2Fzfrs-2007-0105>
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1969): *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, [s. n.].
- DWORKIN, Ronald (1977): Is Law the System of Rules? In DWORKIN, Ronald (Hrsg.): *The Philosophy of Law*. Oxford University Press, New York. 38–65.
- EPP, Charles R. (1998): *The Rights Revolution*. Chicago, Chicago University Press.
- EPSTEIN, Lee – LANDES, William M. – POSNER, Richard A. (2011): Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Revista Forumul Judecătoralor*, Vol. 3, No. 3. 101–137.
- ESSER, Josef (1956): *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- FELDMAN Noah (2005): Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, Vol. 37. 851–865.
- FINKEY, Ferenc (1909): *Unrechtmäßigkeit als eine strafbare Handlung*. Budapest, Ungarische Akademie der Wissenschaften.
- HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, Suhrkamp.
- JELLINEK, Georg (1885): *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien, Hölder.
- KRANENPOHL Uwe (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-531-92242-3>

- KRITZER, Herbert (2011): Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenges. *Tulsa Law Review*, Vol. 47. No. 1. 51–64.
- LISZT, Franz von (1905): Der Zweckgedanke im Strafrecht. In LISZT, Franz von: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band 1 (1875–1891). Berlin, J. Gutentag Verlag. 126–179.
- MORAWSKI, Lech (2017): The Polish constitutional crisis and institutional self-defence. 9 May 2017, Trinity College, University of Oxford. Online verfügbar unter: [http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/uroczystosci\\_spotkania\\_wizyty/2017/2017\\_05\\_09\\_Oxford/Wystapienie\\_prof.\\_L.Morawskiego\\_w\\_Oxfordzie.pdf](http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/uroczystosci_spotkania_wizyty/2017/2017_05_09_Oxford/Wystapienie_prof._L.Morawskiego_w_Oxfordzie.pdf) (zuletzt geprüft am 11. 06. 2019).
- POKOL, Béla (2012): *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie. Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*. Passau, Schenk Verlag.
- POKOL, Béla (2015a): Alkotmánybíróági döntési stílusok Európában. [Verfassungsgerichtliche Entscheidungsstile in Europa]. *Jogelméleti Szemle*, Jg. 16, Nr. 3. 107–129.
- POKOL, Béla (2015b): *A Sociology of Constitutional Adjudication*. Passau, Schenk Verlag.
- POKOL, Béla (2017): The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues. In EHS, Tamara – NEISSER, Heinrich (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie. Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbrüche?* Köln – Weimar, Böhlau Verlag. 61–78.
- POSNER, Richard A. (2011): Realism about Judges. *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, No. 2. 577–586.
- POSTEMA, Gerald J. (1980): Moral Responsibility in Professional Ethics. *New York University Law Review*, Vol. 55, No. 1. 63–89.
- RÜTHERS, Bernd (2003): Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat? In PICKER, Eduard – RÜTHERS, Bernd (Hrsg.): *Recht und Freiheit*. München, Beck. 11–136.
- RÜTHERS, Bernd (2005): Gelegener Richterstaat und vernebelte Richtermacht. *NJW*, Jg. 58, Heft 38. 2759–2761.
- RÜTHERS, Bernd (2007): „Rechtsstaat oder Richterstaat? – Methodenfragen als Verfassungsfragen. Online verfügbar unter: [www.richterkontrolle.de/wp-content/uploads/2018/05/Rechtsstaat-oder-Richterstaat.pdf](http://www.richterkontrolle.de/wp-content/uploads/2018/05/Rechtsstaat-oder-Richterstaat.pdf) (zuletzt geprüft am 11. 06. 2019).
- RÜTHERS, Bernd (2012): *Die unbegrenzte Auslegung*. 7. Auflage. Tübingen, Mohr Siebeck.
- RÜTHERS, Bernd (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*. Tübingen, Mohr Siebeck.

- SCHEIL, Stefan (2012): *Transatlantische Wechselwirkungen: Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Berlin, Duncker und Humblot. DOI: <https://doi.org/10.3790%2F978-3-428-53572-9>
- SCHEINGOLD, Stuart (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In SARAT, Austin – SCHEINGOLD, Stuart (eds.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York, Oxford University Press. 118–150.
- STEIN, Peter (1966): *Regulae Iuris. Von Juristischen Regeln. Legal Maxims*. Edinburgh, Edinburgh University Press.
- SWEET STONE, Alec (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/0198297718.001.0001>
- TEUBNER, Günther (1971): *Standards und Direktiven in Generalklauseln*. Frankfurt am Main, Athenäum.
- VARGA, Zs. András (2015): „Eszményből bálvány?“ *A joguralom dogmatikája*. [„Vom Ideal zum Idol?“ Die Dogmatik der Rechtsherrschaft]. Budapest, Századvég.
- VIEHWEG, Theodor (1974): *Topik und Jurisprudenz*. 5., durchgesehene u. erweiterte Auflage. München, C. H. Beck Verlag.
- VOIGT, Rüdiger (1980): Verrechtlichung. In VOIGT, Rüdiger (Hrsg.): *Verrechtlichung*. Königstein, Athenäum. 15–16.
- WOOD, Diane P. (1997): Generalist Judges in a Specialized World. *SMU Law Review*, Vol. 50, No. 5. 1755–1768.

*Nikolaus Dimmel*

## **Juristokratie? – Eine justizsoziologische Aufklärung**

### **Notwendige Einwendungen**

Recht verstanden verweist *Pokols* Begriff der „Juristokratie“ auf eine De-Konstitutionalisierung von Herrschaftskonflikten zwischen Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Term soll eine Emanzipation der Verfassungsjustiz von den Vor-Ordnungen des Verfassungsgesetzgebers indizieren. In einem gesetzes-korrigierenden oder gar gesetzes-ersetzenden Richterrecht erkennt *Pokol* den Advent einer verfassungsgerichtlich beschränkten Demokratie und setzt dagegen das Postulat einer von den Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit befreiten parlamentarischen Entscheidungsfindung.

Die *Pokolschen* Einlassungen provozieren aus empirischer Perspektive in mehrfacher Hinsicht eine Abwägung:

- Zum einen geht die generalisierte Vorstellung, Verfassungsrichter seien im Trennungsmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit „Partei-soldaten“ der sie nominierenden Repräsentativkörper sowie einer Regierung, an der Realität vorbei. Zwar werden die RichterInnen des Deutschen Bundesverfassungsgerichts vom Plenum des Bundesrates und Bundestages mit verdeckten Stimmkarten ohne Aussprache gewählt. Die rotationsförmige Ernennung von politisch zuordenbaren VerfassungsrichterInnen am Deutschen Bundesverfassungsgericht nach Absprache zwischen den politischen Parteien aber lässt nicht den Schluss zu, dass die Richter in ihren Entscheidungen strikt einem parteien- oder interessengerichteten Muster folgen würden. Ähnliches gilt für Österreich. Hier ist die Ernennung zwar deutlich stärker als in Deutschland von parteipolitischen Interessen geprägt, sind ebenfalls Bundesländer über



den Bundesrat am Auswahlprozess beteiligt. RichterInnen (zwölf Mitglieder, Präsident und Stellvertreterin) wurden bislang (großkoalitionär) beinahe<sup>1</sup> ausschließlich von SPÖ und ÖVP ernannt, 2016 mit einem Übergang von 8:6 zugunsten der konservativen Volkspartei. Weder Unabhängige noch Personen, die anderen Parteien „zuzurechnen“ sind, hatten bislang eine Chance. Sogar ist jedes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs parteipolitisch oder über eine Vorfeldorganisation einer Partei zuordenbar.<sup>2</sup> In diesem Kontext kann *Pokol* nicht darin zugestimmt werden, dass die Bestellung/Ernennung von VerfassungsrichterInnen intransparent ist. Dessen ungeachtet aber ist auch hier eine „Parteisoldaten“-Rolle der RichterInnen nicht zu erkennen.

- Zum Zweiten verkennt *Pokol*, dass die Problematik der Verfassungsjudikatur weniger in einer parteipolitischen Beschiebung der Richterposten und der damit vermutet in Verbindung stehenden parteipolitisch verpflichteten Spruchpraxis zu finden ist, als in einem kollektiven ideologischen Präfix der VerfassungsrichterInnen als elitistischer Gruppe (DIMMEL 2017). Dies spiegelt sich etwa in fremdenrechtlichen (KÖPPE 2002, 2004) und steuerrechtlichen Fragen (KÖPPE 2015) oder den Grenzen der Verbürgungsleistungen sozialstaatlicher Institutionen (SCHULTE 2008). Verfassungsjudikatur basiert immer auf Wertentscheidungen und muss daher als Politik der Werte gedeutet werden (ANTER 2017). Wenn daher die Präsidenten *Adamovich*<sup>3</sup> (bis 2008) und *Holzinger* (seit 2008) wiederkehrend die „absolute politische Neutralität und Abstinenz“ des VfGH hervorgehoben haben, decouvriert sich dies als Inszenierung in einem Scheingefecht. Selbstredend geht es nicht um parteipolitische Räson, sehr wohl aber um eine ideologische, sich

---

<sup>1</sup> Bisher gab es nur einen Verfassungsrichter mit einem „Ticket“ der FPÖ: Herbert Haller wurde in der schwarz-blauen Regierungszeit (ÖVP-FPÖ-Koalition 1999–2006) ernannt und ging 2010 in Pension.

<sup>2</sup> Präsident Gerhart Holzinger (parteilos) ist Mitglied des Cartellverbands, Johannes Schnizer war einst Kabinettschef des SPÖ-Bundeskanzlers Alfred Gusenbauer; Helmut Hörtenhuber (ÖVP) war Landtagsdirektor in Oberösterreich, der Steirer Christoph Grabenwarter wurde 2005 von der ÖVP-geführten Bundesregierung nominiert. Usw.

<sup>3</sup> Zitat Ludwig Adamovich: „Es kommt niemand hinein, der nicht das Vertrauen einer politischen Kraft hat. Doch dass die Richter deshalb wie ferngesteuerte Zinnsoldaten agierten, ist nicht wahr.“

im Habitus, in der juristischen Organisations- und dogmatischen Begründungskultur (WITTE – STRIEBEL 2015) sowie der juristischen Weltanschauung von Verfassungsrichtern (STEIN 2012) ausdrückende politische Haltung, die in Urteilsbegründungen einfließt. In der Tat verfolgen VerfassungsrichterInnen in ihrer juristischen Begründungsarbeit deutlich Strategien einer neoliberalen Politik der Deregulierung und Liberalisierung. Auch in ihrer Gleichheitsjudikatur thematisieren die RichterInnen vor allem horizontale, kaum aber vertikale Ungleichheiten.

- Zum Dritten übersieht *Pokol* (jedenfalls aus österreichischer Sicht) eine Konstellation, die tatsächlich ein demokratiepolitisch riskantes „Bias“ erzeugen kann. VerfassungsrichterInnen sind nämlich in Österreich seit den 1920er Jahren nicht wie in Deutschland<sup>4</sup> durch Unvereinbarkeitsbestimmungen beschränkt. Sie könn(t)en also als Anwälte partikulare Interessen vertreten, in Aufsichtsräten von Marktteilnehmern, über deren Grundrechte sie entscheiden, den Vorsitz übernehmen oder als Shareholder jene Profite abschöpfen, die sie durch ihre eigene Judikatur direkt oder indirekt ermöglicht haben.<sup>5</sup> Im europäischen Kontext ist das einzigartig.
- Zum Vierten geht die Kritik an der unzureichenden Qualifikation der VerfassungsrichterInnen fehl. RichterInnen an den europäischen Verfassungsgerichten (in je unterschiedlicher Bezeichnung) stammen beinahe durchgängig entweder aus der Verfassungs- und Verwaltungsrechtslehre der Juristischen Fakultäten, dem Richterdienst oder dem Rechtsanwaltsberuf (HÖNNIGE 2007, 115 ff.; BOGDANDY – GRABENWARTER – HUBER 2016). Die Annahme, dies seien im Verhältnis zur Aufgabe gleichsam verengte Qualifikationen, geht daher fehl. *Pokol* ist indes zuzustimmen, dass die verfassungsgerichtshofliche Entscheidungsfindung regelhaft unter Ausschluss der Öffentlichkeit sowie unter Ausschluss einer „dis-senting opinion“ stattfindet.

---

<sup>4</sup> Richter des Bundesverfassungsgerichts sind für ausschließlich zwölf Jahre bestellt, wobei ihnen jegliche berufliche Tätigkeit abseits des Gerichts mit Ausnahme der Lehre an einer Universität verboten ist.

<sup>5</sup> <http://derstandard.at/1348285390471/Die-Verfassungsrichter-ihre-Nebenjobs-und-der-Zement>; hier mit praktischen Beispielen.

## Triebfedern des Richterrechts

Aus justizsoziologischer Sicht fokussiert meine Kritik indes auf *Pokols* Befund, die „Juristokratie“ trage zur Entstehung eines distinkten verfassungsgerichtshoflichen Richterrechts sowie eines Richterstaates bei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass Richterrecht per se keine Pathologie des Rechtsstaates spiegelt. Vielmehr handelt es sich um eine Reaktion auf Praktiken der symbolischen Legitimations- und Anlassgesetzgebung. Dabei ist die Frage, ob es sich um objektives Recht oder eine Rechtserkenntnisquelle handelt, wohl rechtstatsächlich weithin unerheblich, gleichwohl man mit JABLONER (2013) festhalten kann, dass die herrschende Lehre in Österreich die Eigenschaft des Richterrechts als allgemeine Rechtsquelle verneint. Hauptargumente dafür sind die Trennung der Staatsfunktionen, die verfassungsrechtliche Geschlossenheit der Rechtsquellen und nicht zuletzt § 12 ABGB. Tatsächlich aber entwickelt das Richterrecht des Verfassungsgerichts ein politisches Momentum. Hinter diesem Momentum eröffnen sich komplexe Wirkungszusammenhänge. HÖNNIGE (2007) etwa erkennt im Ergebnis verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ein Zusammenspiel von individuellen Präferenzen, institutionellen Regeln und kollektiven Aushandlungsdynamiken. Dabei treten VerfassungsrichterInnen auch als Nutzenmaximierer in Erscheinung, die sowohl legalen wie extra-legalen Handlungsreizen folgen. Bei letzterem geht es um Werthaltungen und Einstellungen, persönliche Erfahrungshorizonte, um Karriere- und Wahlmotive.

Formal sind Verfassungsrichter an den Verfassungstext gebunden, wie auch Richter der Verwaltungs-, Straf- und Zivilgerichtsbarkeit generell an Entscheidungen der Verfassungsgerichte gebunden sind. Gleiches gilt für die verfassungsgerichtliche Bindung an Entscheidungen des EuGH. Bereits BÖCKENFÖRDE (1990) aber konstatierte einen gleitenden Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat. Im Lichte des Verfassungsrichter-Verfassungsrechts erscheint selbst das quasi-sakralisierte Verfassungsdokument als „living document“, dessen (Verfassungs-)Änderungen durch eine „Richteraristokratie“ dezidiert auch politische Implikationen haben (MICHAEL 2010). Der Preis dieser Entwicklung liegt in einer Ablösung der Verfassungsgerichte vom Verfassungstext, die RÜTHERS (2002; 2016) als Verwandlung des Richters von einem Diener des Gesetzes zum Herrn der Verfassung macht. Dem korrespondiert eine

metateleologische Auslegung des Verfassungsrechts, in welcher sich die Sinnggebung einer Norm von ihrem Wortlaut abhebt und ein beweglicher Zweck an dessen Stelle tritt.

Eine desozialisierende, sich gegenüber dem sozialen Wandel und politisch-ökonomischen Umwälzungen der Produktionsweise immunisierende Herangehensweise verkennt die Funktion einer Verfassung, zugleich Grundlage gesellschaftlicher (gesellschaftspolitischer) Entscheidungsprozesse zu sein und den Rahmen gesellschaftlicher Interaktionsformen an die Modernisierungsschübe – etwa hinsichtlich der Persönlichkeits-, Datenschutz- oder Freiheitsrechte im Prozess der Digitalisierung – zu koppeln (BELZ 1988; STRAUSS 2010). BRODOZ (2009) etwa zeigt, dass die Deutungsmacht der Verfassungsgerichte immer symbolische, instrumentelle und institutionelle Dimension hat, wobei die faktische Konzentration der Deutungsmacht bei Verfassungsgerichten in der Zunahme der Komplexitätssteigerung begründet liegt. Zutreffend verweist HERRMANN (2006) darauf, dass zwar die Justizialisierung von Verfassungsfragen auf einer Selbstautorisierung der Gerichte beruht; dass dies aber Bestandteil einer notabwendenden Verrechtlichung ist. Verfassungsgerichte können SCHÄLLER (2006) zufolge gar nicht anders, als auf eigene Erkenntnisse als Präjudizien zu verweisen und damit selbstreferenziell Geltungsressourcen zu erzeugen. Kurz: Verfassungsgerichtsbarkeit als „dritte“ und „stille Gewalt“ (LAUTMANN 2011) und gesteuerter sozialer Wandel weisen ein dialektisches Verschränkungsverhältnis auf. Das eine kann ohne das andere nicht Bestand haben. Dies deshalb, weil jede Verfassungsgerichtsbarkeit ohne gesellschaftspolitische Referenz keine oder nur wenig Rechtsakzeptanz findet – dies sowohl auf Seiten der Legislative als auch auf Seiten der Rechtsunterworfenen. Um die Verfassung als sozial akzeptierte Institution zu hüten (LEMBCKE 2007), muss sie kontextualisiert werden.

Das damit angedeutete Spannungsverhältnis zwischen „Bewahren“ und „Verändern“ wird gerade an den vier Arten des Richterrechts, nämlich *gesetzeskonkretisierendem*, *lückenfüllendem*, *gesetzesvertretendem* und *gesetzeskorrigierendem* Richterrecht, deutlich (OSSENBUHL 2007; HOPFAUF). Konkretisiert werden unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln im Einzelfall. Lücken werden qua Analogie gefüllt.

Gesetzesvertretendes Richterrecht indes entwickelt sich durch die Entwicklung richterrechtlicher Prinzipien und Institute, durch den Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche Wertentscheidungen. Grenzen des gesetzvertretenden Richterrechts resultieren

allenfalls aus dem positiven Verfassungstext selbst, nicht aber aus Lücken oder inneren Widersprüchen der einfachen Gesetzgebung. Trefflich hat das Deutsche Bundesverfassungsgericht<sup>6</sup> festgehalten, dass mit dem Altern einer Kodifikation auch der Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Entscheidung zunimmt und damit die Freiheit der Gerichte zur schöpferischen Fortbildung des Rechts notwendigerweise zunimmt. Dies geschieht der Ansicht des Gerichts folgend deshalb, weil Normen im Kontext sozialer Verhältnisse und gesellschaftlich-politischer Anschauungen stehen. Insofern könne sich einerseits der gesellschaftliche Bedeutungsinhalt einer Norm, also der Norminhalt selbst, ändern, könne andererseits die tatsächliche Entwicklung eine vordem eindeutige Regelung ergänzungsbedürftig erscheinen lassen.

Abstrakt wäre es denkbar, dass die Verfassungsrechtsprechung in Fällen gewandelter Lebensumstände zu einer Rechtsauslegung *contra legem* gelangt und damit gesetzeskorrigierendes Richterrecht hervorbringt. Dies wäre verfassungsrechtlich unzulässig (BIAGGINI 1991); indes ist die Frage, ob sich dafür empirische Anhaltspunkte identifizieren lassen, diffizil. KROPHOLLER (1975), MÜLLER (1986) oder BUMKE (2012) etwa argumentieren, dass sich (Verfassungs-)Richterrecht immer zwischen Gesetzesrecht und notwendiger Rechtsgestaltung zwecks Vermeidung von Konflikteskalationen bewegt. ALEXEIO (2014) spricht daher von „verantwortbarem“ Richterrecht, wenn und soweit es zu auflösungsbedürftigen Wertungskonflikten innerhalb einer Verfassungsordnung, etwa durch normative Nichtanpassung, einer kontrafaktischen „Modellierung“ von Sachverhalten im Recht oder zu einer systematisch-dysfunktionalen Einfügung verfassungsgesetzlicher Bestimmungen in einfachen Gesetzen kommt. SCHNEIDER (1969) oder JÖRN (1975) haben Verfassungsrichter in diesem Kontext insofern in gesellschaftspolitische Verantwortung genommen, als sie einem demokratischen, inklusiven Gemeinwesen verpflichtet sind; allenfalls untermauert durch verfassungsrechtliche Prinzipien (Sozialstaatsprinzip), Ge- oder Verbote (Diskriminierungsverbot).

Der förmliche Verweis darauf, dass es weder mit dem Demokratieprinzip noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar sei, wollte ein Verfassungsrichter die von ihm dem Grundgesetz entnommenen Wert(ungs)vorstellungen an die Stelle der Wertungen des Gesetzgebers setzen und dabei eine eindeutige gesetzliche Entscheidung korrigieren,

---

<sup>6</sup> [www.servat.unibe.ch/dfr/bv034269.html#](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034269.html#)

hilft da nicht weiter. Zutreffend hat etwa RAISER (1985) demgegenüber argumentiert, dass, anstatt von vornherein nach den Grenzen der Zulässigkeit richterlicher Rechtsbildung zu fragen, eine funktionelle Betrachtungsweise entwickelt werden müsse, in welcher die Rechtsbildung als gemeinsame Aufgabe von Gesetzgeber und Richter in einem System von „checks and balances“ verstanden wird, wobei Orientierungspunkte sowohl in der verfassungsrechtlichen wie auch in der gesellschaftspolitischen Struktur gefunden werden können. Ein aktuelles Beispiel für die Spannung dieses Wechselspiels ist die „Ehe für alle“<sup>7</sup>, die mit Wirkung vom 1. 10. 2017 vom Deutschen Bundestag beschlossen und in Kraft gesetzt wurde und dem Bekunden von Bundestagsabgeordneten der CDU/CSU nach in Karlsruhe 2018 angefochten werden soll.<sup>8</sup> Die Frage, ob die Öffnung der Ehe für Gleichgeschlechtliche eine Grundgesetzänderung voraussetzt oder ob sie durch Art. 6 GG gedeckt ist, ob die Ehe im GG selbst als Gemeinschaft von Mann und Frau definiert<sup>9</sup> oder 1949 als „entwicklungsoffen“ undefiniert geblieben ist, wird vom Bundesverfassungsgericht im Licht des Umstands erörtert werden müssen, dass es im GG kein Diskriminierungsgebot gibt und die Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern 1949 nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Hier also tritt gegebenenfalls eine Konstellation der „Rechts-fort-Bildung“ zu Tage, für welche das Konzept sakrosankten *nachkonstitutionellen* Rechts, demnach Verfassungsrecht von RichterInnen, die eigenständige rechtspolitische Vorstellungen verfolgen, uneingeschränkt nicht verändert werden könne, keine sachlich zufriedenstellende Antwort geben kann. Mit der Feststellung, dass sich der Normanwender nicht in die Rolle des Normgebers begeben dürfe<sup>10</sup> (HOPFAUF 2014), ist hier nichts gewonnen.

In der Tat spiegelt der Prozess der Verrechtlichung (TEUBNER 1987) einen fortwährenden Konflikt

- zwischen flexibler Politisierung und vergleichsweise starrer Verrechtlichung (KUTSCHER 2016),
- zwischen dem sozialen Wandel informeller Lebenswelten und ihrer systemischen Eroberung durch formelles Recht,

<sup>7</sup> [www.zeit.de/thema/ehe-fuer-alle](http://www.zeit.de/thema/ehe-fuer-alle)

<sup>8</sup> [www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-klagen-vor-dem-bundesverfassungsgericht-sind-sehr-unwahrscheinlich-a-1155755.html](http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-klagen-vor-dem-bundesverfassungsgericht-sind-sehr-unwahrscheinlich-a-1155755.html)

<sup>9</sup> [www.zeit.de/politik/deutschland/2017-07/ehe-fuer-alle-verfassungsklage-bundesverfassungsgericht-faq](http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-07/ehe-fuer-alle-verfassungsklage-bundesverfassungsgericht-faq)

<sup>10</sup> [www.servat.unibe.ch/dfr/bv087273.html#](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv087273.html#)

- zwischen Verrechtlichung und Verdrängung beziehungsweise Ausweichbewegungen der Normadressaten,
- zwischen Rechtsproduktion zwecks politischer Eigenlegitimation und der Anwendbarkeit des Rechts.

Selbstredend gilt Axel HONNETHS (2011) Diktum, dass Recht nicht nur formalrechtlich (verfassungsrechtlich zulässig) verankert sein, sondern auch auf institutionell adäquat ausgeprägten Handlungsnormen basieren muss, die zudem moralische Legitimität beziehungsweise soziale Akzeptanz besitzen. Das gilt sowohl für das formale, materiale und prozedurale Recht wie auch für Rechtserzeugungsnormen, Zuständigkeitsverteilungen und vor allem Grundrechte. LOICK (2016) verweist zutreffend darauf, dass sich alles (!) Recht und damit auch alle Rechtsproduktion fragen lassen muss, ob es/sie Antworten auf gesellschaftliche Steuerungserfordernisse gibt beziehungsweise ermöglicht oder ob es/sie gesellschaftliche Sphären kolonisiert beziehungsweise Diskurse blockiert. Die Paradoxie des (Verfassungs-)Rechts, so *Loick*, liegt darin, dass es auf kategoriale Weise entwicklungs offen sein und zugleich (Grund-)Rechte des Einzelnen verbürgen muss. Recht fungiert also erst dann als Einhegung einer demokratischen Freiheitssphäre, wenn man den Boden des materialisierten Rechts verlassen und sich deliberativ auf adäquatere Formen der Regulation im Spiel „countervailing powers“ sowie „checks and balances“ einigen kann.

Selbstredend wird dies sowohl durch Ansprüche der Verabsolutierung bestehender Rechtspositionen wie auch durch die überbordende Proliferation von symbolischer Anlassgesetzgebung verunmöglicht oder erschwert (DIMMEL 2011). In der Tat spiegelt es eine Pathologie der parlamentarischen Gesetzesproduktion, wenn die Produktion von Recht wahnhaft als Leistungsausweis eines Repräsentativkörpers verstanden wird und dabei allenfalls auch der Anspruch der Einheitlichkeit der Rechtsordnung längst aufgegeben wurde. Nicht Legislative und Judikative, sondern Recht und Politik sind in eine Schieflage geraten.<sup>11</sup> Längst ist das Österreichische Bundesgesetzblatt auf mehr als 13 000 Seiten pro Jahr und das Landesgesetzblatt-Volumen auf knapp 7 000 Seiten angewachsen. Mehr als 1 100 Verfassungsbestimmungen finden sich in einfachen Gesetzen. Das

---

<sup>11</sup> <http://diepresse.com/home/ausland/aussenpolitik/1354300/Verfassungsgericht-in-Ungarn-droht-Entmachtung>

Verfassungsrecht ist also eine „zersplitterte Materie“.<sup>12</sup> Erst einmal kam es in Österreich zu einer Verfassungsbereinigung, anlässlich derer 62 Verfassungsgesetze, 156 Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen als nicht mehr geltend festgestellt oder aufgehoben wurden. 22 Bundesverfassungsgesetze, 46 Verfassungsbestimmungen und rund 180 Verfassungsbestimmungen in Staatsverträgen wurden in einfachen Gesetzesrang heruntergestuft.<sup>13</sup> Allein das plausibilisiert, welche Komplexität das Verfassungsrecht angenommen hat, und dass dies eben kein Ergebnis eines Richterrechts, sondern enthemmter Vergesetzlichung ist.

## Zur Unausweichlichkeit von Richterrecht

Richterrecht ist notwendigerweise Funktionsbestandteil einer Rechtsordnung, in der sich die gesellschaftliche Entwicklung vom historischen Gesellschaftsnormativ zum Beispiel im Feld von Ehe, Familie und generativem Verhalten ablöst oder in der die Interessen der Kapitalverwertung fortlaufend an den Rechtsrahmen des Wirtschaftsverkehrs stoßen beziehungsweise ihn aus Gründen der Profitmaximierung zu durchstoßen versuchen. WACKERBARTH – EISENHARD (2013) etwa verdeutlichen, dass die Dynamik des Marktes Lücken in Gesellschaftsverträgen, bei Schutzzwecken und Schutznormen generiert, welche durch Rechtsfortbildung geschlossen werden müssen. Gesellschaftsrecht ist vor allem daher Richterrecht, weil ökonomische Sachverhalte, die von einer Regelung nicht erfasst sind, unausweichlich Frei- und Spielräume ökonomisch potenter Akteure und Interessen schaffen. Richterrecht diene damit der Machteinschränkung. Zugleich aber können richterrechtliche Rechtsfortbildungen auch Rechte (etwa von ArbeitnehmerInnen) je nach Zusammensetzung der Gerichte, öffentlichem Druck oder der Sozialisationsleistung juristischer Diskurse einschränken (KÄPPLER 1977). So bleibt die Judikatur immer ein Kampfplatz politischer Akteure.

Längst ist der Richter nicht mehr bloß Mund des Gesetzes (*Montesquieu*), ist Rechtsfindung ein deduktiver Vorgang im Kontext eines eindeutigen Gesetzes, unter dessen Normen ein Sachverhalt zu subsumieren ist.

<sup>12</sup> [https://staatsrecht.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_staaatsrecht/Poeschl/Publikationen/Die\\_Verfassung\\_und\\_Ihre\\_Funktionen\\_-\\_onlinedatei.pdf](https://staatsrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_staaatsrecht/Poeschl/Publikationen/Die_Verfassung_und_Ihre_Funktionen_-_onlinedatei.pdf)

<sup>13</sup> [www.rechteasy.at/index.php/Bundesverfassung](http://www.rechteasy.at/index.php/Bundesverfassung)



Die Rechtswirklichkeit ist weitaus komplexer und komplizierter, sodass dem Richter immer sowohl eine rechtsanwendende als auch eine rechtsschöpfende Aufgabe zukommt. *Hirsch*<sup>14</sup> etwa argumentiert, dass der Richter gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und (!) Recht gebunden ist. Dies ist keine Tautologie. Vielmehr wird hierdurch der Richter vom bedingungslosen Gehorsam gegenüber dem Gesetzgeber entbunden und dem reinen Gesetzespositivismus eine Absage erteilt. Gesetz und Recht decken sich nur im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer im Konkreten. Recht muss Konflikte lösen (und nicht schaffen). Rechtsfortbildung dient der Rechtssicherheit in der Austragung dieser Konflikte. Ein Rechtsstaat kann dem nicht entraten. Denn die Kalkulierbarkeit der Setzung, Anwendung und Sprechung von Recht schafft jene Verlässlichkeit, welche den Rechtsstaat erst legitimiert. Das damit skizzierte Dilemma zwischen Gesetzgeber und Gesetzessinn, zwischen Gerechtigkeitssinn und Gesetzesgehorsam, zwischen subjektiven und objektiven Theorien richterlicher Begründungsarbeit bleibt unauflöslich und prägte auch das rechtsphilosophische und methodologische Schrifttum des 19. und 20. Jahrhunderts (*Windscheid, Radbruch, Enneccerus, Nipperdey*).

RADBRUCH (1947, 51) etwa erkannte in der Schaffung von Rechtssicherheit durch Richterrecht einen Staatszweck neben der Verbürgung von subjektiven rechtspolitischen Eigenproduktionen der Interpreten. Der *Radbruchschen FORMEL* (1946, 345 f.) folgend hat sich der Richter bei einem Konflikt zwischen positivem Recht und materieller Gerechtigkeit gegen das Gesetz zu entscheiden, wenn das Gesetz unerträglich ungerecht ist oder die im Begriff des Rechts angelegte Gleichheit aller Menschen bewusst leugnet.

Folgt man *Radbruch*, so verkörpert ein Gesetz, das Gerechtigkeit durch Gleichheit nicht einmal anstrebt, nicht etwa nur „unrichtiges“ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Es ist kein Rechtssatz, nur bloßer Machtanspruch. In seiner *Conclusio* verkörpert ein Gesetz, das etikettierten sozialen Gruppen wie politischen Flüchtlingen die Menschenrechte verweigert, keinen Rechtssatz (RADBRUCH 1959, 34). Radbruch zieht hier also eine scharfe Grenze zwischen Recht und Nicht-Recht. Damit sind drei Typen ungerechter Gesetze erkennbar, nämlich:

1. Positive Gesetze müssen auch dann angewendet werden, wenn sie ungerecht und unzweckmäßig sind.

---

<sup>14</sup> [www.zeit.de/reden/bildung\\_und\\_kultur/hirsch\\_bls](http://www.zeit.de/reden/bildung_und_kultur/hirsch_bls)

2. „Unerträglich“ ungerechte Gesetze müssen der Gerechtigkeit weichen.
3. Gesetze, die nicht einmal das Ziel verfolgen, gerecht zu sein, sind kein Recht.

Damit hat *Radbruch* 1949 eine Situation angedeutet, welche in moderner Terminologie als „extralegale“ Herrschaft charakterisiert werden kann und *Max Webers* Dreiteilung von traditionaler, charismatischer und legal-rationaler Herrschaft kategorial erweitert.

Wie angedeutet nimmt indes die Komplexität gesellschaftlicher Konfliktlagen enorm zu, weshalb die Rechtspolitik einen Übergang von materialer hin zu prozeduraler Rationalität, von Hard Law zu Soft Law<sup>15</sup> feststellt (GÖRLITZ/VOIGT 1985, 156). Klassische Grundrechtsfunktionen verschieben sich durch neue Eingriffstechniken in die Privatsphäre (LADEUR 1984, 1990). Die neoliberalisierte Rechtsordnung stellt zunehmend auf unbestimmte Rechts- und Ermessensbegriffe um. Und eben da kommt „nolens volens“ die Justiz, gerade als Verfassungsjustiz, ins Spiel, die unter „Ungewissheitsbedingungen“ entscheiden muss (LADEUR 1991).

Wir sollten uns also weniger – wenngleich kritisch – mit dem Umstand befassen, dass sich Umriss eines Richterstaates herauspräparieren, sondern mit der Frage, wie Recht als Richterrecht gesprochen wird. Und dieses „wie“ verweist auf einige reflexionsbedürftige justizsoziologische Befunde.

## JustizjuristInnen im sozialen Konflikt

Denn JuristInnen weisen einen spezifischen Habitus (DIMMEL 1991), eine juristische Weltanschauung (STEIN 2012) auf. JuristInnen legitimieren ihre Verrechtlichungsarbeit – die kolonisierende (Jürgen HABERMAS), verabsolutierende (Axel HONNETH) oder politisierende (Wendy BROWN) Effekte aufweist (LOICK 2017) – vermittelt einer Selbstschließung als soziales Milieu mit eigenständigen Denk-, Handlungs- und Vergesellschaftungsformen. Dies sind regelhaft außerrechtliche Kategorien (NIGGLY – JENDLY 2012).

---

<sup>15</sup> [www.nk.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz\\_EuR\\_11\\_01.pdf](http://www.nk.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz_EuR_11_01.pdf)

## Struktureller Konservatismus

HAMMANS (1987) hat den JuristInnen einen „strukturellen Konservatismus“ attestiert, den REHBINDER (1994) als Treibmittel der Krise der Einheit der Rechtsordnung ausgemacht hat. LEE (2010) und WRASE (2013) folgend ist das „juristische Feld“ der gerichtlichen Interaktion von „Frames“, Stereotypen, Denkweisen und Ordnungsvorstellungen durchzogen, deren Muster und Regeln der Kommunikation gleichsam das kollektive implizite und explizite Wissen der involvierten JuristInnen prägen. Dieser strukturelle Konservatismus sperrt sich sowohl gegenüber einer wohlfahrtsstaatlichen Ingebrauchnahme der Verfassung wie auch etwa gegenüber einer austeritätspolitisch inspirierten Finanzialisierung der Verfassung (SIMON 2016).

Erst innerhalb dieses strukturkonservativistischen Rahmens kann *Bernd Rütters* argumentieren, dass Juristen ein und dieselbe Norm in vier unterschiedlichen Regimen, nämlich Weimarer Republik, NS-Staat, BRD und DDR völlig unterschiedlich ausgelegt und angewendet haben. Nicht Gesetzespositivismus, sondern Macht- und Herrschaftsinteressen sowie die Auslegungsakrobatik von Richtern, Professoren, Staatsanwälten und Beamten haben zu Ungeheuerlichkeiten wie einer „objektiven Auslegung“, „übergesetzlichem Recht“ oder „Naturrecht“ unabhängig vom Willen des Gesetzgebers geführt (ROTTLEUTHNER 2010). In diesem Kontext hat *Rütters* den Justizjuristen subjektive rechtspolitische Gerechtigkeitsproduktion vorgehalten, ohne das Juristenmilieu (MÜNCH 2011) konzeptionell in den Blick zu bekommen. Wenn indes ein Verfassungsgericht Rechtspolitik und Rechtsgestaltung betreibt – und den Gesetzgeber tendenziell suppliert –, so kann zwar gefragt werden, wo die richterliche Unabhängigkeit an das Demokratieprinzip rührt, wo die Lückenfüllung endet und wo die richterliche Quasi-Gesetzgebung beginnt, wo das Verfassungsgericht nicht länger Hüter ist, sondern Herr der Verfassung wird; noch bedeutsamer aber wird in diesem Zusammenhang die Frage nach der inhaltlichen Ausgestaltung und Orientierung dieser richterlichen Rechtsfortbildungstätigkeit.

## Klassenjustiz

Selbstredend hat es *Radbruch* gut gemeint, als er dem Richterrecht unter Hinweis auf das Gemeinwohl eine Bresche schlug. Allein die Befunde

einer politischen beziehungsweise einer Klassenjustiz hätten ihn jedoch stutzig machen müssen. Diese reichen heute von *Fraenkels* Arbeiten zur Soziologie der Klassenjustiz über FOUCAULT (1993) und RUSCHE – KIRCHHEIMER (1974) in ihren Arbeiten zum Strafrecht und Strafvollzug bis hin zu WACQUANT (2009), der justitielle Rechtsanwendung als eine Bestrafung der Armen rekonstruiert hat.

Kurt TUCHOLSKYS Satz (1930) „Ich habe nichts gegen Klassenjustiz; mir gefällt nur die Klasse nicht, die sie macht“ hat der Frage nach den Koordinaten des Juristenmilieus in der Justiz die Perspektive eröffnet. Zugleich hat KIRCHHEIMER (1981) gezeigt, dass eine unpolitische Justiz kategorial denk unmöglich ist, weil Gerichte immer direkt und indirekt für politisch-ökonomische Zwecke in Anspruch genommen werden. Denn jede ökonomische Machtordnung korrespondiert einer politischen „Legalordnung“. Justiz ist folglich immer politisch insofern, als sie das ökonomische Handeln, man denke etwa an Parteispenden durch die Plutokratie, auch in seinen politischen Implikationen einer gerichtlichen Prüfung unterwirft. Wer seine eigene Position festigen und die seiner politischen Gegner schwächen will, mobilisiert die Justiz. Im Ergebnis ist *Radbruchs* „Vertrauen in die Justiz“ wohl auf die mangelnde Rezeption von Befunden zur Klassenjustiz (RAISER 1976) zurückzuführen.

So haben etwa BENDERS – SCHUMACHER (1980) in ihrer Arbeit über Erfolgsbarrieren vor Gericht gezeigt, dass bereits der Justizinput durch das Ungleichgewicht zwischen justitiellen „repeat player(n)“ und „one shotter(n)“ selektiert ist. JuristInnen haben also nicht mit irgendwelchen Problemen zu tun, sondern mit Problemen jener Klassen, Schichten und Milieus, die Recht mobilisieren können. In der Tat wenden sich Unterschichten und untere Mittelschichten generell nicht nur aufgrund des Kostenrisikos deutlich seltener an die Justiz. Freilich selektiert die Justiz auch selbst den Zugang zum Recht. So hat der Österreichische Rechtsanwaltskammertag 2013 die Justizbehörden in Verfahrenshilfefällen als unkooperativ, bürokratisch und bürgerfeindlich charakterisiert.<sup>16</sup> Dies beginnt beim Bestellvorgang, setzt sich über Probleme bei der Aktenbeschaffung fort und gipfelt bei der kurzfristigen Anberaumung von Verhandlungen unter Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Vorbereitungsfrist sowie dem Ignorieren von Vertagungsbiten.

---

<sup>16</sup> [www.rechtsanwaelte.at/kammer/aktuelles/news/rechtsanwaelte-warnen-vor-zwei-klas-sen-justiz-und-sehen-grossen-justizpolitischen-reformbedarf/](http://www.rechtsanwaelte.at/kammer/aktuelles/news/rechtsanwaelte-warnen-vor-zwei-klas-sen-justiz-und-sehen-grossen-justizpolitischen-reformbedarf/)

## Justiz als Herrschaftspraxis

JustizjuristInnen sind Teil des repressiven (FANGMANN 1979) wie auch des ideologischen Staatsapparates (WOLFF 2004). Insofern üben sie Herrschaft aus, haben systemreproduktive Funktion (GROSSMAN 1976). Ihre Herrschaftsfunktion, abgesichert durch Unabhängigkeit, Unversetzbarkeit und Unabsetzbarkeit, geht auf soziale Macht zurück wie man bei *Machiavelli*, *Hobbes* und *Spinoza* lernen kann. Sie verhalten sich als Profession konträr zu den Forderungen kritischer KollegInnen, die sich JustizjuristInnen als Sozialingenieure denken, welche inklusive und integrative gesellschaftliche Strukturen herstellen (WASSERMANN 1974). In der Tat erweisen sich JustizjuristInnen als überwiegend konservativ und vor allem eines: strikt machtorientiert (LAUTMANN 2011). Was das für die Justiz bedeutet, haben etwa MÜLLER (1987), HANNOVER (1999), WASSERMANN (1974) oder STAFF (1964) anhand der von Richtern rekonstruiert, die ihre soziale Position geschmeidig im Wechsel politischer Systeme zwischen Faschismus und repräsentativer Demokratie abgesichert haben.

## Bestandserhaltungsinteressen und Agenda Setting

Man wird damit wohl OFFE (1972) darin zu folgen haben, dass die Justiz, wie jeder andere Staatsapparat auch, ein Bestandserhaltungs- und Eigeninteresse entwickelt, welches mit den ihr zugeschriebenen Aufgaben kollidieren kann. Zwar mag richtig sein, dass sich die Justiz als Teil des gesellschaftlichen „Überbaus“ niemals von ihrer ökonomischen Basis emanzipieren kann. Das Recht und sein Rechtsstab sind aber dann doch ein eigensinniger kultureller Reflex der ökonomischen Gesellschaftsbeziehungen (MARX, Kritik des Gothaer Programms, MEW 19, 18).

Derlei Interessen an Eigenerhaltung, Agenda-Setting oder politischer Gestaltung brechen sich nicht nur in den Bewusstseinsformen und Weltanschauungen der JustizjuristInnen (ROTTLEUTHNER 1969; RASEHORN 1968; STEIN 2012; SEBALDT 2015, 88 f.), sondern auch in der Herrschaftsfunktion der Judikatur (VOIGT 1989). Diese Bewusstseinsformen gehen eben nicht nur auf die systemische Funktion der Verfassungsjustiz (KAUPEN – RASEHORN 1971) sowie die juristische Entscheidungs- und Begründungsarbeit, sondern auch und insbesondere auf das Herkunftsmilieu, die soziale Lage, die Einkommensverhältnisse, aber auch die Arbeitsbedingungen von Rich-

tern und Richterinnen zurück. Dazu gehören BENDIX (1968, 114 f.) zufolge auch das Lebensalter, das Geschlecht, die Lebenserfahrung, ökonomische Interessen beziehungsweise die soziale Distanz zwischen Richter und den Parteien des Verfahrens. DAHRENDORF (1960) hat das eindrücklich zum Ausdruck gebracht, als er festhielt, dass vor dem Strafgericht die obere Hälfte der Gesellschaft über die untere zu Gericht sitzt. Regelmäßig aber spielen bei der Entstehung von Richterrecht Expositionen und Dispositionen zusammen.

## Richtertypen

Insgesamt indiziert die soziale Lage der RichterInnen einen Bias richterlichen Entscheidens. So hat ROTTLEUTHNER (2005) gezeigt, dass Richter abhängig von ihrer eigenen Wohnsituation in Konflikten zwischen Mietern und Eigentümern differenziell entscheiden. Selbstredend kann man freilich weder von Richtern/Richterinnen schlechthin ohne Berücksichtigung ihrer sozialen Lage und ihrer Milieuzugehörigkeit, ihrer Werthaltungen und ihrer Einstellungen sprechen noch die institutionellen Unterschiede zwischen der Kultur der Verwaltungs-, Verfassungs-, Straf- und Zivilgerichtsbarkeit einbrennen.

*Bendix* indes differenzierte zwischen 3 Arten von Richtertypen, nämlich 1. Innovatoren, die in ihren Meinungen und Urteilen von herrschender Lehre und Judikatur abweichen, 2. Sozialkonforme, welche konsistent der bestehenden Rechtsprechung und älteren KollegInnen folgen, sowie 3. situative Entscheider. BERNDT (2010) hat gleichfalls drei Richterbilder rekonstruiert. Zunächst ist da der Richter-Techniker, der sich als Subsumtionsautomat, Methodenmonist, Herr des Verfahrens und Sprecher des Gesetzes sieht. Daneben tritt der Typ des Radbruchianers in verschiedenen Ausprägungen in Erscheinung. Schließlich existiert da die Figur des Richterkönigs, der seine dogmatische und Herrschaftsagenda als juristisches Königreich versteht. *Berndt* analysiert quer dazu eine Fülle von Antriebsmotivationen, die vom Karriereorientierten über den Arbeitsaufwand-Minimierer und den Service-Richter bis hin zum emotional Berührten gehen. So schablonenhaft das auch daherkommt, es zeigt doch eine enorme Bandbreite professioneller und politischer Selbst- und Vorverständnisse.

## Entscheidungspsychologie der Justiz

Das spiegelt sich auch in den Arbeiten zur Entscheidungspsychologie des Richters (PFISTER 2016). Demnach entscheiden Richter nicht nur nach normativen Erwägungen, methodischen Begründungsfiguren, Abwägungsregeln und Rechtsprinzipien. Ebenso sind auch Milieu, soziale Lage, ständische Erwägungen, berufliche Erfahrungen oder administrative Erfolgs- und Erledigungszwänge von Bedeutung.

Psychologisch betrachtet sind für das richterliche Entscheiden Einstellungen und Werthaltungen ebenso relevant wie ideologische Projektionen. Dies ist beileibe keine neue Erkenntnis. MITTERMEIER (1834) verwies auf die charakterlichen Dispositionen der Richter, RUPP (1884) und HIRSCH (1984) auf ihr Gewissen, Persönlichkeit und Lebenserfahrung, RIEZLER (1921), KRIELE (1985) und LAMPE (1985) auf ihr Rechtsgefühl, BOHNE (1948) auf ihre Reflexionsfähigkeit und richterliche Phantasie.

Ein erheblicher Teil richterlicher Entscheidungen, so SHAFIR – LEBOEUF (2002) ist nicht rational. GIGERENZER (2008) hat in seiner Arbeit über die Intelligenz des Unbewussten nachgezeichnet, dass unter anderem auch Richter vor allem Bauchentscheidungen treffen. Kongenial hat HAGEN in seiner Theorie rationalen Entscheidens (1976) gezeigt, dass juristische Argumente regelhaft „ex post“ zur Anwendung gelangen, um eine vorher intuitiv getroffene Entscheidung zu untermauern.

Auch LAUTMANN (2011) kommt in einer mikrosoziologischen Analyse zum Befund, dass die offiziell gegebenen Gründe eines Gerichtsurteils regelhaft nicht den „wirklichen“ Ursachen der getroffenen Entscheidung entsprechen. Wie der Konfliktstoff rekonstruiert wird, wie die Rechtsfrage bearbeitet und gelöst wird, wie die Aufgaben arbeitsökonomisch bewältigt werden, wie sich Richter im Kontext der Justizorganisation bewegen, geht vor allem auf Stereotype zurück. Derartige Stereotype sind empirisch nicht geprüfte Alltagstheorien, nicht getestete Hypothesen und Verallgemeinerungen, mit denen sich Richter Vorgänge in ihrer Umwelt erklären.

WEIMAR (1969) hat hierzu ein konsekutives 5-Stufen-Modell entwickelt, nämlich a) die moralische Bewertung rechtlicher Konsequenzen, b) die Abwägung zwischen rechtsdogmatischen Lösungsmöglichkeiten, c) die Entscheidung, d) die Herstellung von Konsistenz zwischen richterlicher Entscheidung und Rechtsordnung sowie e) die Erwägung möglicher ergänzender juristischer Begründungsfiguren. Damit ist die richterliche

Entscheidung eine moralische beziehungsweise ideologische und wird erst ex post zu einer juristisch-normativen.

## Richterkönig oder Subsumtionsautomat?

Wie gezeigt sind die Determinanten des Richterrechts komplex. Zweifellos kann das Richterrecht der Verfassungsgerichte den demokratisch gesetzten Rahmen der Rechtsprechung verlassen und legislative Funktionen abrogieren. Das aber ist (aus rechtssoziologischer Perspektive) keine Pathologie, sondern der Regelfall.

Nur in einer juristischen Illusion verkörpert der Richter bloß das Sprachrohr des Gesetzes, wie OGOREK (2008) in „Richterkönig oder Subsumtionsautomat“ trefflich dargetan hat. Folgt man *Ogorek*, so konnte und kann von einer formal-deduktionistischen Bindung des Richters an das allgemeine Gesetz, genauso wie von einer Bindung des Verfassungsrichters an den Verfassungstext, von einer wertungsfreien Subsumtionsmechanik des Richters, realgeschichtlich niemals die Rede sein.

*Katharina Fontana*<sup>17</sup> hat in der NZZ angemerkt, dass der Übergang vom Richterrecht zum Richterstaat ein fließender ist: Je freier die Verfassungsjustiz beziehungsweise die Justiz überhaupt Gesetze nach ihren eigenen Vorstellungen auslegen kann beziehungsweise muss, desto näher kommt man einem Staat, in dem die persönliche Wertauffassung, Moralvorstellung und Weltanschauung einer Handvoll Richter kategorial mehr Gewicht hat als der Wille von Volk und Parlament. Das wäre dann erst ein Richterstaat. Davon aber ist der Europäische Konstitutionalismus weit entfernt.

Doch diese Geschichte hat noch eine dialektische Pointe, eine hermeneutische Volte. In einer Paraphrase auf *Slavoj Žizek* muss man nämlich provokant fragen, warum heute ein Richterstaat kategorial eine Bedrohung des demokratischen Rechtsstaats darstellen soll.

In der Tat nämlich befindet sich der demokratische Rechtsstaat in ganz Europa, vorangetrieben von Illiberalen (daher: „illiberale Demokratie“), Rechtspopulisten und Rechtsradikalen in einem Prozess der offenen Desintegration. Längst ist die Legislative von Plutokraten in einem System

---

<sup>17</sup> [www.nzz.ch/meinung/demokratie-statt-richterstaat-der-richter-und-sein-lenker-ld.1300960](http://www.nzz.ch/meinung/demokratie-statt-richterstaat-der-richter-und-sein-lenker-ld.1300960)



der „revolving doors“ gekauft. Längst haben Lobbyisten ministerielle Legislativabteilungen verdrängt. Hinlänglich untersucht ist, dass mehr als die Hälfte der Parlamentarier nicht einmal gelesen haben, worüber sie entscheiden. Längst sind die Arbeitsparlamente in Akklamationsparlamente verwandelt worden, halten sich Regierungen ein Parlament, anstatt ihrer Rolle zu entsprechen, Geschäftsführung und politischer Kopf der Exekutive zu sein. Bei Wahlen geht es in Europa um alles Mögliche; nur um eins nicht: nämlich politische Inhalte. Der Souverän wählt nur noch Gesichter und Slogans, folgt seinen Gefühlen, vor allem seinen Ängsten. Im zeitgenössischen Immigrationsdiskurs fungiert die politische Dienstklasse vor allem als „Unsicherheitspromotor“. Durchaus konsequent hat der Souverän kein Problem mehr mit einer Aufhebung der Gewaltenteilung sowie der Aussetzung demokratischer Repräsentation. Einer Studie der Friedrich-Ebert-Stiftung zufolge sprechen sich 34 % der Deutschen, 40 % der Briten und Franzosen, 43 % der Österreicher sowie 60 % der Portugiesen und Polen für eine autoritäre Herrschaft aus, die nicht durch „checks and balances“ in ihrer Regierung gebremst wird (MEYER 2005; BAUER 2010). Sie wünschen sich einen starken Mann als Führer ohne „legal restraint“.

Möglicherweise müssen wir uns in Kürze einen Richterstaat wünschen, der Grundrechte, Minderheitenrechte, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die „rule of law“ gegen Rechtsextreme verteidigt, die in einem inszenierten Ausnahmezustand mit Notstandsgesetzen regieren wollen.

In der Tat prüft die jüngere Grundrechtsjudikatur des VfGH gesetzliche Regelungen daraufhin, ob sie „durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen“ sind. Diese Rechtsprechung stützt sich regelmäßig nicht mehr explizit auf den Text der Verfassung (das „positive“ Verfassungsrecht), sondern nur mehr auf die eigene „Vorjudikatur“, die damit eine „Rechtsquelle“ darstellt. Es ist politische Normalität, gesetzliche Regelungen wegen Unsachlichkeit oder Unverhältnismäßigkeit zu beheben. Dies betrifft auch Gesetze, die vom Nationalrat einstimmig beschlossen wurden. Damit ist der VfGH in Österreich de facto zum Gegenspieler der parlamentarischen Mehrheit geworden. Die Antwort des Parlaments, Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen zu verbauen, hat der VfGH damit quittiert, dass auch Verfassungsbestimmungen als verfassungswidrig aufzuheben sind, wenn sie etwa eine Durchbrechung der Grundrechtsordnung oder eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ bedeuten könnten.

Im Lichte einer parlamentarischen 2/3-Mehrheit, die sich für die Gesetzgebungsperiode 2017–2022 anschickt, die Grundfesten der Gesellschaftsordnung in den Bereichen innere und soziale Sicherheit, Korporatismus, Föderalismus und Daseinsvorsorge umzuwälzen, kann man sich so einen Verfassungsgerichtshof nur wünschen.

Das wäre, in Anlehnung an Slavoj Žižek, ein Lehrbeispiel für die Dialektik des Alten und des Neuen, die Dialektik der Geschichte.

## Bibliographie

- ALEXEIO, O. (2014): *Verantwortbares Richterrecht*. Tübingen.
- ANTER, A. (2017): Die Politik der Werte in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts. In VOIGT, R. (Hrsg.): *Politik und Recht*. S. 215 ff. DOI: <https://doi.org/10.5771%2F9783845280349-215>
- BAUER, W. (2010): *Rechtspopulismus in Europa*. Bonn.
- BELZ, C. (1988): Destruktive Prozesse des Marketings in umkämpften Märkten. In *Schweiz. Zeitschrift für Statistik und Volkswirtschaft*, Nr. 3, S. 303 ff.
- BENDER, R. – SCHUMACHER R. (1980): *Erfolgsbarrieren vor Gericht*. Tübingen.
- BENDIX, L. (1968): *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters*. Darmstadt.
- BERNDT, T. (2010): *Richterbilder*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-531-92504-2>
- BIAGGINI, G. (1991): *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Basel.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1990): Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In *Der Staat*. S. 1 ff.
- BOGDANDY, A. – GRABENWARTER, C. – HUBER, P. (2016): Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum. In: Dies. (Hrsg.): *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. Heidelberg, S. 1 ff.
- BOHNE, G. (1948): *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*. Köln.
- BRODOCZ, A. (2009): *Die Macht der Judikative*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-91656-9>
- BUMKE, C. (2012): *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*. Tübingen.
- DAHRENDORF, R. (1960): Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten: Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen

- Oberschicht. In *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, Tübingen, S. 260 ff.
- DIMMEL, N. (1991): Das Arbeitsmarkt- und Tätigkeitsprofil des Rechtsstaats. In DIMMEL, N. – NOLL, A. J. (Hrsg.): *Das Juristenbuch*. Wien, S. 9 ff.
- DIMMEL, N. (2011): (Post)Neoliberale Rechtsordnung. In *Juridiku*, Nr. 1, S. 43 ff.
- DIMMEL, N. (2017): Zur Konflikt-Soziologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. In EHS, T. – NEISSER, H. (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie*. Wien, S. 13 ff. DOI: <https://doi.org/10.7767%2F9783205206576-002>
- FANGMANN, H. (1979): *Justiz gegen Demokratie. Entstehung und Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz*. Frankfurt.
- FOUCAULT, M. (1993): *Überwachen und Strafen*. Frankfurt.
- FRAENKEL, E. (1927): *Zur Soziologie der Klassenjustiz*. Berlin. Auch in Ders.: *Gesammelte Schriften*. Band 1, *Recht und Politik in der Weimarer Republik*. Baden-Baden, Nomos, 1999, S. 177 ff.
- GIGERENZER, G. (2008): *Bauchentscheidungen*. München.
- GÖRLITZ, A. – VOIGT, R. (1985): *Rechtspolitikologie*. Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-663-00124-9>
- GROSSMAN, J. (1976): Political Justice and System Maintenance. In REHBINDER, M.: *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*. Opladen, S. 99 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-96982-8\\_6](https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-96982-8_6)
- HAGEN, J. (1976): Eine entscheidungstheoretische Konzeption des Justizverfahrens. In REHBINDER, M. (Hrsg.): *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*. Opladen, S. 138 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-96982-8\\_8](https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-96982-8_8)
- HAMMANS, P. (1987): *Das politische Denken der neueren Staatslehre*. Opladen, Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-88735-1>
- HANNOVER, H. (1999): *Die Republik vor Gericht 1975–1995. Erinnerungen eines unbequemen Rechtsanwalts*. Berlin.
- HERRMANN, D. (2006): Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht von Verfassungsgerichten. In VORLÄNDER, H. (Hrsg.): *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften. S. 141 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-90350-7\\_7](https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-90350-7_7)
- HIRSCH, J. (1984): *Rechtssoziologie für Juristen*. Berlin.
- HÖNNIGE, C. (2007): *Verfassungsgericht, Regierung und Opposition*. Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-90518-1>
- HONNETH, A. (2011): *Das Recht der Freiheit*. Frankfurt, Suhrkamp.
- HOPFAUF, A. (2014): Art 92. Rn 13–18. In SCHMIDT-BLEIBTREU, B. – HOFMANN, H. – HOPFAUF, A. (Hrsg.): *Kommentar zum GG*. Köln.

- IPSEN, J. (1975): *Richterrecht und Verfassung*. Berlin. Duncker & Humblot. DOI: <https://doi.org/10.3790%2F978-3-428-43309-4>
- JABLONER, C. (2013): Richterrecht als Rechtsquelle. In JABLONER, C. et al. (Hrsg.): *Gedenkschrift Robert Walter*. Wien, S. 185 ff.
- KÄPPLER, R. (1977): *Voraussetzungen und Grenzen tarifdispositiven Richterrechts*. Berlin.
- KAUPEN, W. – RASEHORN, T. (1971): *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*. Neuwied.
- KIRCHHEIMER, O. (1981): *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*. Frankfurt.
- KÖPPE, O. (2002): MigrantInnen zwischen sozialem Rechtsstaat und nationalem Wettbewerbsstaat. Univ.-Diss., Duisburg.
- KÖPPE, O. (2004): Politische Macht und demokratischer Rechtsstaat. In *Kritische Justiz*, Nr. 2, S. 132 ff. DOI: <https://doi.org/10.5771%2F0023-4834-2004-2-132>
- KÖPPE, O. (2015): Bundesverfassungsgericht und Steuergesetzgebung – Politik mit den Mitteln der Verfassungsrechtsprechung? In OUYEN, R. – MÖLLERS, M. (Hrsg.): *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Berlin, S. 785 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-658-05703-9\\_41](https://doi.org/10.1007%2F978-3-658-05703-9_41)
- KRIELE, M. (1985): Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung. In *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Bd. 10, Wiesbaden, S. 23 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-663-14478-6\\_3](https://doi.org/10.1007%2F978-3-663-14478-6_3)
- KROPHOLLER, J. (1975): *Gleichberechtigung durch Richterrecht*. Bielefeld.
- KUTSCHER, H.-H. (2016): *Politisierung oder Verrechtlichung*. Frankfurt.
- LADEUR, K.-H. (1984): Klassische Grundrechtsfunktionen und postmoderne Rechtstheorie. In *EuGRZ*, S. 457 ff.
- LADEUR, K.-H. (1990): Lernfähigkeit des Rechts und Lernfähigkeit durch Recht. In *Jahresschrift für Rechtspolitik*, Nr. 4, S. 141 ff.
- LADEUR, K.-H. (1991): Gesetzesinterpretation, Richterrecht und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive – Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden. In *ARSP*, S. 176 ff.
- LAMPE, E.-J. (1985): Rechtsgefühl und juristische Kognition. In *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Bd. 10, Wiesbaden, S. 110 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-663-14478-6\\_7](https://doi.org/10.1007%2F978-3-663-14478-6_7)
- LAUTMANN, R. (2011): *Justiz – die stille Gewalt*. Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-93483-9>
- LEE, K. (2010): *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- LEMBCKE, O. (2007): *Hüter der Verfassung*. Tübingen, Mohr Siebeck.

- LOICK, D. (2016): Verrechtlichung und Politik. Vom Dilemma der Verrechtlichung zu den Paradoxien der Rechte. In BITTLINGMAYER, U. (Hrsg.): *Handbuch Kritische Theorie*. Berlin, Springer Fachmedien Wiesbaden. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-658-12707-7\\_44-1](https://doi.org/10.1007%2F978-3-658-12707-7_44-1)
- MEYER, T. (2005): *Zukunft der sozialen Demokratie*. Bonn.
- MICHAEL, L. (2010): Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung. In *NJW*, S. 3537 ff.
- MITTERMEIER, C. (1834): *Die Lehre vom Beweis im deutschen Strafprozess*. Bonn.
- MÜLLER, F. (1986): „Richterrecht“. *Elemente einer Verfassungstheorie*. Berlin. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-06019-1>
- MÜLLER, I. (1987): *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München.
- MÜNCH, I. (2011): *Rechtspolitik und Rechtskultur: Kommentare zum Zustand der Bundesrepublik*. Berlin.
- NIGGLY, M. – JENDLY, M. (2012): *Strafsystem und Öffentlichkeit. Zwischen Kuscheljustiz und Strafrichter*. Bern.
- OFFE, C. (1972): *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*. Frankfurt.
- OGOREK, R. (2008): *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. München.
- OSSENBUHL, F. (2007): § 100 Rn 50 ff. In ISENSEE, J. – KIRCHHOFF, P. (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts*. Bd. V<sup>3</sup>, Heidelberg.
- PFISTER, H. G. et al. (2016): *Die Psychologie der Entscheidung*. Berlin.
- RADBRUCH, G. (1946): Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: *Süd-deutsche Juristenzeitung*, 1 (1946), S. 105 ff., zit. in.: Ders. (1973): *Rechtsphilosophie*<sup>8</sup>. S. 339 ff.
- RADBRUCH, G. (1947): *Der Geist des englischen Rechts*.
- RADBRUCH, G. (1959): *Vorschule der Rechtsphilosophie*<sup>2</sup>. Göttingen.
- RAISER, T. (1976): Zum Problem der Klassenjustiz. In REHBINDER, M. (Hrsg.): *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*. Opladen, Verlag für Sozialwissenschaften. S. 123 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-96982-8\\_7](https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-96982-8_7)
- RAISER, T. (1985): Richterrecht heute. Rechtssoziologische und rechtspolitische Bemerkungen zur richterlichen Rechtsbildung im Zivilrecht. In *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Nr. 4, S. 111 ff.
- RASEHORN, T. (1968): *Im Namen des Volkes?* Darmstadt.
- REHBINDER, M. (1994): *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*. Berlin.
- RIEZLER, E. (1921): *Das Rechtsgefühl: rechtspsychologische Betrachtungen*. München.
- ROTTLEUTHNER, H. (1969): Klassenjustiz? In *Kritische Justiz*, Jg. 2, H. 1, S. 1 ff. DOI: <https://doi.org/10.5771%2F0023-4834-1969-1-1>

- ROTTLEUTHNER, H. (2005): Korrelation und Argumentation. In DAMM R. – HERMANN P. – VIEL R. (Hg.): *Festschrift für Thomas Raiser*. Berlin, S. 579 ff. DOI: <https://doi.org/10.1515%2F9783110910452.579>
- ROTTLEUTHNER, H. (2010): *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*. Berlin.
- RÜTHERS, B. (2002): Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat? In JZ, S. 365 ff.
- RÜTHERS, B. (2016): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat: Verfassung und Methoden*. Tübingen.
- RUPP, E. (1884): *Der Beweis im Strafverfahren*. Tübingen.
- RUSCHE, G. – KIRCHHEIMER, O. (1974): *Sozialstruktur und Strafvollzug*. Frankfurt.
- SCHÄLLER, S. (2006): Präjudizien als selbstreferenzielle Geltungsressource des Bundesverfassungsgerichts. In VORLÄNDER, H. (Hrsg.): *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften. S. 205 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-90350-7\\_9](https://doi.org/10.1007%2F978-3-531-90350-7_9)
- SCHNEIDER, H.-P. (1969): *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen*. Frankfurt.
- SCHULTE, B. (2008): Soziale Inklusion im europäisch-vergleichenden Zusammenhang aus juristischer Sicht. *Böckler-Forschungsmonitor*, Nr. 5, Düsseldorf.
- SEBALDT, M. (2015): *Pathologie der Demokratie*. Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-658-09518-5\\_3](https://doi.org/10.1007%2F978-3-658-09518-5_3)
- SHAFIR, E. – LEBOEUF, R. (2002): Rationality. In *Annual Review of Psychology*, S. 491 ff. DOI: <https://doi.org/10.1146%2Fannurev.psych.53.100901.135213>
- SIMON, S. (2016): *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Europäischen Integrationsprozess*. Tübingen, Mohr Siebeck. DOI: <https://doi.org/10.1628%2F978-3-16-154160-5>
- STAFF, I. (1964): *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt.
- STRAUSS, S. (2010): Datenschutzimplikationen staatlicher Identitätsmanagement-Systeme. In *Datenschutz und Datensicherheit*, S. 99 ff.
- STEIN, K. (2012): *Die juristische Weltanschauung*. Hamburg.
- TEUBNER, G. (1987): *Juridification of Social Spheres*. Berlin.
- TUCHOLSKY, K. (1970) [1930]: *Politische Justiz*. Hamburg.
- VOIGT, R. (1989): Rechtsprechung und politische Entscheidungen. In BANDEMER, S. – WEWER, G. (Hrsg.): *Regierungssystem und Regierungslehre*. Opladen, S. 159 ff. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-97186-9\\_11](https://doi.org/10.1007%2F978-3-322-97186-9_11)
- WACKERBARTH, U. – EISENHARDT, U. (2013): *Gesellschaftsrecht II: Das Recht der Kapitalgesellschaften*. Heidelberg.

- WACQUANT, L. (2009): *Bestrafen der Armen. Zur neoliberalen Regierung der Unsicherheit*. Berlin.
- WASSERMANN, R. (1974): *Justiz im sozialen Rechtsstaat*. Darmstadt.
- WASSERMANN, R. (1986): *Kontinuität oder Wandel? Konsequenzen aus der NS-Herrschaft für die Entwicklung der Justiz nach 1945*. Koblenz.
- WEIMAR, R. (1969): *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*. Basel.
- WITTE, D. – STRIEBEL, C. (2015): Recht und Macht bei Bourdieu und Foucault, oder: Wie selbst aufgeklärte Machtanalysen des Rechts dessen Kulturalität ausblenden. In *Sociologia Internationalis*, Nr. 2, S. 161 ff. DOI: <https://doi.org/10.3790%2Fsint.53.2.161>
- WOLFF, R. (2004): Ideologische Staatsapparate / repressiver Staatsapparat. In *HKWM*, 6. I, 2004, S. 762 ff.
- WRASE, M. (2013): *Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie*; URL: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:G667tGfXA-EJ:https://www.rechtssoziologie.info/literatur/upload1/michael-wrase-recht-und-soziale-praxis-2013-ueberlegungen-fuer-eine-soziologische-rechtstheorie/at\\_download/file+&cd=7&hl=de&ct=clnk&gl=at](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:G667tGfXA-EJ:https://www.rechtssoziologie.info/literatur/upload1/michael-wrase-recht-und-soziale-praxis-2013-ueberlegungen-fuer-eine-soziologische-rechtstheorie/at_download/file+&cd=7&hl=de&ct=clnk&gl=at)

*András Zs. Varga*

## **Totalitarian Aspects of the Actual Concept and Practice of the Rule of Law**

The hypothesis of my contribution is that the actual concept and institutionalisation of the principle of the rule of law leads to a totalitarian approach.

The terms, such as constitutional state, constitutionality or the rule of law mean attributes opposing autocracy, totalitarianism or public authority exercised without limitations both in public law or political interpretation. They are meant to express accountability, legal certainty, controlled exercise of power, protection of vested rights and the right to execute and enforce contracts.<sup>1</sup> All this is not characteristic of a totalitarian state: moreover, a totalitarian state does not simply mean the lack of features defining a constitutional state; what it means is the tyrannical exercise of power.<sup>2</sup> But, it is not in law itself (norm, application of law) where the difference lies between a constitutional state and a totalitarian state, but the institutional guaranty for the primacy of law as opposed to the exercise of power regarding legal subjects (the people, their communities, organizations, legal entities).<sup>3</sup> A constitutional state, therefore, is inasmuch form (primacy of law as opposed to power) as content (safeguarding liberty as opposed to power).<sup>4</sup>

Now the question arises whether a constitutional state bearing the marks of totalitarianism is a mere abstraction, or the totalitarian character is real, even more a feature currently familiar for our understanding of constitutional state, or in other words, the rule of law. I am convinced that we face this danger, and I try to draft this process in some steps.

---

<sup>1</sup> GYÖRFI–JAKAB 2009, 157, 163–176, 193.

<sup>2</sup> ARENDT 1992, 530.

<sup>3</sup> HALMAI 1997, 85–88; CHEESMAN 2014, 96–114.

<sup>4</sup> DICEY 1995, 21–31; von MOHL 1995, 32–36.



## First Step: The Transformation of the Theoretical Principle of the Rule of Law into a Normative Prescription

When starting from the simplest, manual-style definition, we can say that the rule of law is nothing else but the primacy of legal norms in relation with the exercise of power; even more concisely: it is the exercise of power bound to the (preliminary drafted) law.<sup>5</sup> The previous description of the rule of law seemingly describes a certain type of state out of the many other possible ones; specifically, the kind of state that, in case of need, will always authorise itself preliminarily to the exercise power. Despite this, as of our days, the legally bound character of the exercise of law has met a shift from a descriptive character to a normative, prescriptive one. On the one hand, the constitution of a substantial number of countries expressly regulates this;<sup>6</sup> on the other hand, documents bound by international law expect the respect of the principle of the rule of law.<sup>7</sup> The rule of law as a prerequisite is also reflected in those latest written constitutions which do not simply cover the connection between law and the exercise of power, or even regulate certain (and manifold) subtleties of the exercise of power, but they expressly define themselves as a constitutional state (or a state under the rule of law).<sup>8</sup> Hungary is one of these countries.

The original form of Article 2 section (1) of Act XXXI of 1989 on the amendment of the Constitution states that “The Hungarian Republic is an independent, democratic state under the rule of law, in which the values

<sup>5</sup> GYÓRFI–JAKAB 2009, 155; BIHARI 2014, 53.

<sup>6</sup> For example: Article 18 Section 1 of the Constitution of Austria states that the public administration is fulfilled under law; Article 20 Section 3 of the German Grundgesetz states that the Executive and the Judiciary operates under law; Article 2 of the Finnish Constitution prescribes that any public power should be exercised under legal regulations; Article 25 Section 1 of the Greek Constitution declares that the State guarantees the principle of the rule of law and welfare state; Article 1 of the Constitution of Montenegro subordinates the State to the rule of law.

<sup>7</sup> For example: Resolution of the UNO of 2005 (U.N. Doc. A/RES/60/1 [Sept. 16, 2005], 134); or Article 2 of the Treaty on European Union.

<sup>8</sup> Without completeness: Afghanistan (Preamble), Albania (Preamble), Armenia (Article 1), Bosnia and Herzegovina (Article 2), Bulgaria (Article 4), Canada (first rule of the 1982 text), Czech Republic (Article 1), Montenegro (Article 1), Hungary (Article B). The *Constitute* project that contains English translations of constitutions ([www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)) mentions 102 constitutions that have the text of the *rule of law*.

of civil democracy and democratic socialism are equally represented". A further amendment<sup>9</sup> repealed the inference of the text referring to values; henceforth the provision stayed unchanged until 31 December 2011: "The Republic of Hungary shall be an independent, democratic state under the rule of law."

As of 1 January 2012 the new Basic Law came into force. Article B section (1) shows difference in changing the name of the subject: "Hungary shall be an independent, democratic State under the rule of law."

## **Second Step: The Declaration of the Rule of Law in the Hand of the Hungarian Constitutional Court**

The content of the rule of law is naturally far from being an irrelevant issue. Given by the simple fact that it is the Constitution, later on the Basic Law regulating that (thus a normative concept), it is necessary to specify the meaning of the rule of law. Since the Constitution did not offer further clarification in this respect, it was the Constitutional Court in Hungary who made attempts to define the minimum content of the rule of law.

It was the Court which declared that this principle is one of the fundamental values of the Hungarian statehood. Immediately following this, the Court started redefining the concept of the rule of law as stated in the Constitution; they did not look at it as a simple declaration (a statement of facts or a solemn announcement drawn as a conclusion from the other rules of the Constitution); they looked at it as an individual norm in the constitutional law the violation of which in itself (even without violating any other specific rule of the Constitution) lays the grounds for unconstitutionality of a statutory provision (which, naturally, entails annulment of that).<sup>10</sup> In certain previous decisions or rulings following fundamental decisions, the Constitutional Court formulated a number of clarifications, among others the closed system of the exercise of power,<sup>11</sup> accountability/controllability of public authority exercised on legal grounds,<sup>12</sup> formal rule

<sup>9</sup> Article 1 of Act XL of 1990 on the Amendment of the Constitution of the Hungarian Republic.

<sup>10</sup> Decision 11/1992. (III. 5.) AB, see also GYÖRFI-JAKAB 2009, 155–156

<sup>11</sup> Decision 48/1991. (IX. 26.) AB, see also CSINK-FRÖHLICH 2012, 42–53.

<sup>12</sup> Decision 56/1991. (XI. 8.) AB.

of law,<sup>13</sup> legal certainty and protection of vested rights,<sup>14</sup> prohibition of retroactive effect and the minimum prerequisites of legislation.<sup>15</sup>

Without engaging into a detailed analysis of the decisions or scrutinising the requirements for the content as defined by the Constitutional Court, we can admit that the interpretation pertaining to the rule of law as provided by the Constitutional Court tends towards justifying the hypothesis that our definition of the rule of law and specifically the case law built upon it bears the marks of totalitarianism. The circumstances raising this concern are that under the abstract term of the rule of law, the Constitutional Court considered a normative disposal meant to be the ultimate measure of any other legal instrument. This means nothing else but that the only measure of the rule of law is rule of law itself. In fact, the normative declaration of the rule of law in this manner granted a wild card (a joker) for the Constitutional Court; it could shape the concept of the rule of law when and in the manner it wished and as the specific issue required. The unlimited liberty of judicial interpretation ultimately may drift into free lawmaking and depriving the constituent power from the elected body.

### **Third Step: The Rule of Law on the Way of Globalization**

With the problems listed above we have already stepped beyond the borders of Hungary (or, in a more general context: the borders of the national state). International and supranational organizations have also recognised the benefits of unlimited (primarily judicial) law and the extension hidden in the rule of law (when) declared without details. A most spectacular example of this is the European Union.

The method of unlimited judicial redrafting of law (i.e. law extension) had been proved to be working in the *van Gend en Loos* case. The case pronounced the primacy of the European Union law preceding all other and it is due to this case that accountability stays at member state level whereas EU law is enforced by integrationist judicial control.<sup>16</sup> The basic

---

<sup>13</sup> Decision 31/1990. (XII. 18.) AB.

<sup>14</sup> Decision 43/1995. (VI. 30.) AB.

<sup>15</sup> Decision 25/1992. (IV. 30.) AB.

<sup>16</sup> HARLOW 2003, 95–96; CRAIG 2005, 329–343; MACCORMICK 2002, 97–122.

document of the EU reviewed by the a Lisbon Treaty, the new EU Treaty (hereinafter: EU Treaty) declared the rule of law under Article 2. Thus, among other values, the European Union is based on the respect for the rule of law. This respect as a value for the rule of law is common to the member states. Complementing this with what we stated about the rule of law concept as formulated in the Basic Law of Hungary (formerly, the interim Constitution) we can reach no other conclusion than this: allegedly, the ground the European Union is constituted on as common with the other member states is the rule of law covered with the wild card of a competent court, therefore of an uncertain content.

Another influence to globalisation of the rule of law came from Venice. The Venice Commission, officially known as the European Commission for Democracy through Law, was established on the 10<sup>th</sup> of May 1990 by the Committee of Ministers of the CoE for a period of two years. In adoption of the so called Partial Agreement, ministers of 18 member states took part. The Venice Commission, composed of individual members appointed by the governments of the member states, has designed the cooperation between the member states of the CoE and other Central and Eastern European states (not members at that moment) including first and foremost mutual knowledge and approximation of the legal systems of the states concerned, understanding of differing legal cultures and resolving and improving the functioning of the democratic institutions. In its work, the Commission was to give priority to constitutional, legislative and administrative principles and methods for the effectiveness and the rule of law of democratic institutions, the protection of fundamental rights, public participation of citizens and the protection of self-governments.<sup>17</sup>

The opinions of the Commission, which had become increasingly prestigious symbolised by the number of its members, are unavoidable, as we have seen in case of Hungary in recent years.

The consistency of the *case law* of the Commission was facilitated by the opportunity granted by Article 3 of the Statute. It empowers the Commission to act even in lack of request. Without infringing the powers of other bodies of the CoE, the Commission may on its own initiative, carry out research and, if it is justified, draw up studies, drafting

---

<sup>17</sup> Resolution (90) 6 on a Partial Agreement establishing the European Commission for Democracy through Law (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 1990 at its 85<sup>th</sup> Session).

directives, legislative and international agreements that the legislative bodies of the CoE may discuss and accept.

The turning point of the activity of the Venice Commission was 2011, when its Report on the Rule of Law was adopted and published.<sup>18</sup> Based on the definition of Bingham,<sup>19</sup> the Report observes as conceptual components of the rule of law: certainty of law, which includes its perception, clarity and predictability, the assurance of subjective rights based on law (rules) and non-discretionary decisions, equality before law, the lawful, fair and rational exercise of state power, the protection of human rights, the resolution of disputes by fair trial and the respect of the States' obligations under international and domestic law.<sup>20</sup>

By the Report, the Venice Commission created its strong instrument appropriate to push any member state in the direction conceived by the Commission to be right and correct. The instrumentalisation was completed by a technical questionnaire that made it even more effective, the Rule of Law Checklist.<sup>21</sup>

## **Forth Step: The Framework**

The last step was the creation of a strong linkage between the EU and the Venice Commission. The European Commission, at the invitation of the Council and Parliament, developed a tool for the new EU framework for strengthening the rule of law<sup>22</sup> by 2014, which in fact is partly political and partly legal. One of the key features of the *framework* is that it excepts the rule of law from other values of Article 2 and gives priority to its protection whenever “threats to the rule of law” occur which are of systematic nature (point 4.1). This wording undoubtedly demonstrates how easy is to formulate an accusation of the violation of the uncertain content of the rule of law, yet it is worth taking a look at the examples of offensive situations.

Returning to the European Commission's Communication on the establishment of a *framework* for the rule of law, it contains another surprise:

---

<sup>18</sup> CDL-AD(2011)003rev, Report on the Rule of Law.

<sup>19</sup> BINGHAM 2010, 8. The Report also refers to TUORI 2011 and WENNERSTRÖM 2007.

<sup>20</sup> Section 41 of the Report on the Rule of Law.

<sup>21</sup> CDL-AD(2016)007-e, Rule of Law Checklist.

<sup>22</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A new EU framework for strengthening the rule of law, COM(2014) 158 final.

“The Commission will, as a rule and in appropriate cases, seek the advice of the Council of Europe and/or its Venice Commission, and will coordinate its analysis with them in all cases where the matter is also under their consideration and analysis.”

In other words, the question of whether a Member State violates the rule of law is not necessarily answered by the European Commission but it may take over the findings of the CoE constitutional advisory body based on an informal procedure. It should be noted that the Communication also referred to the Venice Commission when it tried to clarify the concept of the rule of law. Recognizing that the perception of the rule of law may be different “at national level”, the case law of the ECJ, of the ECtHR and the “Council documents prepared by the Council of Europe, in particular those of the Venice Commission”, define “the substantive meaning of the rule of law”.

The definition accepted by the European Commission in the Communication is almost letter by letter similar to that of the Venice Commission.

As a result, we are witnessing the emergence of an unprecedented institutional linkage, which makes applicable the normative formulation of the rule of law paradigm, extracted from fundamental values in a free interpretation against any member state. Member states that are involved in suspected *systemic* threat are thus faced with a multi-faceted defence, in which the *accusers* are coordinated.

## Conclusion

However, the dispute between universalist and local (or sovereignist) approaches of constitutions or of the principle of the rule of law did not come to an end. Last years' experience shows that international cooperation in protection of the universal concept of the rule of law is more and more emphasised, and the role of international institutions, constitutional and supranational courts have strong positions even against legislations of the member states. These effects were facilitated by the TEU, by the Venice Commission and by the linkage between the European Commission and the Venice Commission.

But at the same time constitutional specialities were not left unreflected. The ECJ in *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>23</sup> used the new term of “constitutional traditions common to the Member States” with a focus on the common and homogenous protection of human rights. As the danger of overcoming the constitutional judicature of the member states was quite clear and present, the answer did not delay. The German Bundesverfassungsgericht reacted in 1974 with *Solange I* based on the Grundgesetz, namely on its eternity clauses which stated that community law, consequently the common constitutional traditions protected by the ECJ do not have priority over the protection granted by the Grundgesetz and protected by the German courts. This way *Solange I* tried to go against the international common traditions by highlighting the role of national constitutions. The quiet battle was going on for decades. *Solange II*, *Solange III* and many other cases were the nodes of this tug of war. Finally, the Treaty on European Union tried to give a peaceful equilibrium.

Articles 2 and 6 of the TEU identify common values of the member states, but at the same time Article 4 rules that the Union shall respect the equality of Member States before the Treaties, as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It means that common traditions as international or supranational values will be protected later on by the ECJ which perhaps will maintain the primacy of the EU law against national constitutions. On the other hand, only the TEU gives a strong background for the standpoint that the common European constitutional heritage must not be opposed to national constitutional identity and vice versa. The two set of values should be equilibrated.

It means that the constitutional identity of the different nations cannot be dissolved in an artificially constructed common formula. The common values contain what is common, the national values cover what is not common. But values that are not common are also values and these values also need legal protection. If constitutional identity disappears, the common part also loses its importance, it will be reduced to a mere formal order. From an institutional aspect this means that if the common European heritage is developed and protected by international and supranational courts, the ECJ and the ECtHR, the equilibrium needs a similar court protection. This protection is vested in the constitutional courts of the member states

---

<sup>23</sup> Case 11–70.

of the EU. Thus the constitutional courts may have different tasks but their primary mission is protection of their own constitutional identity. This is not only national but – if we accept the regulation of the TEU – it is also a European mission.

The path was shown by the German Bundesverfassungsgericht in the Solange decisions, and many of the constitutional courts made their contribution to fulfil this mission. The Hungarian Constitutional Court trod on this path by its Decision 22/2016. (XII. 5.) AB. The Court stated that it “interprets the concept of constitutional identity as Hungary’s self-identity”. “The constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values, nevertheless many of its important components are identical with the constitutional values generally accepted today. [...] These are, among others, the achievements of our historical constitution, on which the Fundamental Law and thus the whole Hungarian legal system are based. [...] The Constitutional Court establishes that the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law. Consequently, constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood. Therefore, the protection of constitutional identity shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State.”

It is beyond any doubt that there will be long debates regarding the co-interpretation of the universal principle of the rule of law and national constitutional identities. Among the EU institutions and member states there is a common ground of interpretation, the TEU. Among the member states and the Venice Commission this common ground is less clear.

## References

- ARENDE, Hannah (1992): *A totalitarizmus gyökerei*. [The Origins of Totalitarianism.] Budapest, Európa Könyvkiadó.
- BIHARI Mihály (2014): A jogállam az Alaptörvény és az Alkotmánybíróság határozatai alapján. [The Rule of Law in the Basic Law and Decisions of the Constitutional Court.] In PATYI András – LAPSÁNSZKY András eds.:



- Rendszerváltás, demokrácia és államreform az elmúlt 25 évben. Ünnepi kötet Verebélyi Imre 70. születésnapja tiszteletére.* [Transition, Democracy and State Reform in the Last 25 Years. Volume in Honour of the 70<sup>th</sup> Birthday of Imre Verebélyi.] Budapest, Wolters Kluwer.
- BINGHAM, Tom (2010): *The Rule of Law*. London, Allen Lane, Penguin Press.
- CHEESMAN, Nick (2014): Law and Order as Asymmetrical Opposite to the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 6, No. 1. 96–114. DOI: <https://doi.org/10.1017%2Fs1876404514001031>
- CRAIG, Paul (2005): The Locus and Accountability of the Executive in the European Union. In CRAIG, Paul – TOMKINS, Adam eds.: *The Executive and Public Law. Power and Accountability in Comparative Perspective*. Oxford, Oxford University Press. 315–346. DOI: <https://doi.org/10.1093%2Facprof%3Aoso%2F9780199285594.003.0012>
- CSINK Lóránt – FRÖHLICH Johanna (2012): *Egy alkotmány margójára: Alkotmányelméleti és értelmezési kérdések az Alaptörvényről.* [On the Margin of a Constitution: Theoretical Questions and Interpretation of the Basic Law.] Budapest, Gondolat. 42–53.
- DICEY, Albert V. (1995): A jog uralma. [The Rule of Law.] In TAKÁCS Péter ed.: *Joguralom és jogállam.* [The Rule of Law and Rechtsstaat.] Budapest, ELTE. 21–31.
- GYÖRFI Tamás – JAKAB András (2009): Jogállamiság. [The Rule of Law.] In JAKAB András ed.: *Az Alkotmánykommentárja I–II.* [A Commentary of the Constitution I–II.] Budapest, Századvég. Volume I, 157, 163–176, 193.
- HALMAI Gábor (1997): Miért alkotmánysértő, ami törvényes? [Why Is Unconstitutional What Is Legal?] *Fundamentum*, Vol. 1, No. 2. 85–88.
- HARLOW, Carol (2003): European Governance and Accountability. In BAMFORTH, Nicholas – LEYLAND, Peter ed.: *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing. DOI: <https://doi.org/10.5040%2F9781472559494.ch-004>
- MACCORMICK, Neil (2002): *Questioning Sovereignty*. Oxford, Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093%2Facprof%3Aoso%2F9780198268765.001.0001>
- VON MOHL, Robert (1995): Jogállam. [Rechtsstaat.] In TAKÁCS Péter ed.: *Joguralom és jogállam.* [The Rule of Law and Rechtsstaat.] Budapest, ELTE. 32–36.
- TUORI, Kaarlo (2011): *The Rule of Law and the Rechtsstaat*. Ratio and Voluntas, Ashgate.
- WENNERSTRÖM, Erik O. (2007): *The Rule of Law and the European Union*. Uppsala, Iustus Förlag.

*Jenő Szmodis*

## **Terminological Problems around the So-called “Juristocratic State”**

As Montaigne warned, we have the same freedom in law interpretation as in the enactment.<sup>24</sup> So, we have to see that the main problem of the so called juristocratic state is connected with the phenomenon of interpretation. This statement enlightens the power of the judicial decision in the forming of law. This phenomenon not only means possibilities and chances but also some dangers, as it is clear from the new book of Béla Pokol. In my opinion this book, *The Juristocratic State*, is well-founded relating to main theses, and delineates well the main directions of Western social, state and legal development. I refer to some of the statements of Pokol, which, as I think, are suitable for clarification and I refer to some of the important aspects that are not mentioned in the book of Pokol, but can reinforce Pokol's reasoning.

Pokol recognizes Ronald Dworkin's influence in the strengthening of the juristocratic method.<sup>25</sup> According to Pokol, in the last decades, instead of rule-based laws, the discretion of courts increases by general clauses, legal principles, declarations of constitutions, abstract and empty fundamental rights. These provide a possibility to revise the strict rules. As Pokol sees, the main propagator of this tendency is Ronald Dworkin, whose ideas had great influence in university circles.

Undoubtedly, Dworkin warned Hart of the importance of legal principles, that the law consists not only of formal rules. The principles and the so-called policies are also parts of the legal system.<sup>26</sup> It is clear, Dworkin put the main emphasis on the legal principles which can orient the direction of the judicial decision. But the policies, these certain social

---

<sup>24</sup> MONTAIGNE 1983, 6.

<sup>25</sup> POKOL 2017, 8.

<sup>26</sup> DWORKIN 1977, 22–28.

goals, are important in the lawmaking. Dworkin admitted, that it is not easy to separate the legal principles and policies. However, in his work there is a recognizable ambition to make this demarcation.

We can catch more problems in that praxis of judgement, which is called juristocratic by Pokol. First of all there is no striving to separate legal principles and policies,<sup>27</sup> and the numerous indefinite legal concepts cause difficulties. The contents of those can be filled out at choice.

In my opinion the usage of the classical legal principles (for example good faith, proportionality) do not cause problems. Rather, the application of policies and the indefinite legal concepts are problematic. The main problem is that there is a complete inconsistency in juristocratic judgments. It is unpredictable whether the court will follow rule-based, norm-positivist or creative law-interpretation and law-enforcement. The consistency of the two practices is provided by an extra-legal factor: the ideological-political *leitmotiv*.

In my opinion the main problem of the juristocratic method is not that it has adopted a consistent legal philosophical conception, but that it is trying to confirm its decisions with certain elements of highly variable and actually conflicting theoretical positions, without creating a consistent, predictable system from a professional legal viewpoint. As I mentioned, there is an aspect which can provide harmony between decisions, although this is not a rule-based or legal-principle-based aspect, but it has a political-ideological, often economical nature. This phenomenon is connected with such facts that are mentioned by Pokol relating to the establishing of constitutional courts. Pokol also points out that the constitutional courts served as a model for the juristocratic mechanism. These institutions – independently of the fact that we have lots of good arguments for them – came into existence usually in taut political situations. This sociological-political circumstance had an impact on actual practices of these organizations.

Pokol refers to the example of Israel, Canada, South Africa and New Zealand, where the creation of constitutional courts happened in order to prolongate the influence of the declining parliamentary majority. So,

---

<sup>27</sup> At the level of the European Union's law it is a huge problem that the European legal system created the concept of *common policies*. This is not the same and equal with the *policies* of Dworkin. Fundamentally, the European common policies mean the circle of the European common regulation, but often certain political values, strategic goals also appear in the European legal norms. Thus, the conceptual confusion is larger at the level of the European law, than at the level of national legal systems.

this was not restricting the political power, and it did not mean a political self-denial.<sup>28</sup>

After the First World War, we can notice a very similar political logic in the establishing of the Austrian Constitutional Court. The Austrian social-democratic power was distrustful with opposing the members of the former judicial organization, and created the Constitutional Court as a detached institution, filling it with lawyers, who sympathized with the government. Pokol sees this process as the first step toward juristocracy, and toward the replacing of democracy.

After the Second World War, the creation of Italian and German Constitutions, and the establishing of the Constitutional Courts in these documents happened under American influence in order to restrict the impact of the former regime’s judges.<sup>29</sup> We can call this period as the start of global constitutionalism, because certain constitutional institutions came into existence in Europe and in Japan under American guardianship; moreover the Japanese constitution was written by American experts.<sup>30</sup> In addition, the US influence in Japan has extended to labour law, to relieve traditional Japanese corporate structures and stimulate employee mobility.<sup>31</sup>

So, from the beginning, the political interests played a major role in the shaping of the juristocratic system and this was not too useful for the autonomy of the law and its values and ideals. This factor, in contrast to the declared goals, has actually led to the strengthening of the political aspects of the law. On the other hand, it is clear that the shaping of the juristocratic system has evolved through a process, which means the penetration of foreign interests in the creation of national constitutions. This in itself involves the fact that the juristocratic model breaks away from

<sup>28</sup> HIRSCHL 2004, 2; POKOL 2017, 46.

<sup>29</sup> POKOL 2017, 14.

<sup>30</sup> POKOL 2017, 59. As Noah Feldman warned: “Less than a decade after the adoption of the Japanese Constitution, the document’s imposed foreign origins became public knowledge in Japan. A commission was formed to consider redrafting – and despite the recommendations for changes, the existing constitution was preserved in its entirety. Half a century later, one cannot imagine this sort of acquiescence being reproduced in most places of the world. Today, in order to acquire legitimacy, a new constitution must be understood as locally produced.” (FELDMAN 2005, 859.)

<sup>31</sup> “Japanese labor law was introduced in 1947 under the influence of General Headquarters of the Allied Force (GHQ) after World War II. Under their precepts, there is nothing to prohibit the dismissal of workers.” (OKAZAKI 2017, 129.)

the reality of the nation state, eroding the nation state framework. This fact is independent of whether the Constitutional Court has positive sides or not.

Pokol emphasizes the importance that in juristocratic systems, ultimately, the courts decide in political issues. This statement cannot only be accepted on the basis of national state experience, but also in relation to European law. The primacy of the EU law was not proclaimed by the treaties concluded, but by the EU Court of Justice. The situation is similar in the debate on the allocation quota for refugees. The practice of the EU Court of Justice shows the characteristics of the juristocratic model in two aspects. 1. It often breaks away from the text of the European Treaties. 2. It leads the way to direct the erosion of the parliamentary sovereignty.

At this point we arrive to the terminological problem of the concept of *juristocratic state*. In my opinion, we should not talk about the juristocratic state, as such, we should talk about juristocratic mechanism, or juristocratic form of government, as Pokol has written in another place. However, this form of government does not necessarily presuppose the existence of the state. On the contrary, the juristocratic form of government works against the existence of nation states. Naturally, it is also correct to speak about a juristocratic state, but only as *the first step* to the transnational decision system.

If we talk about terminological questions, it is worth examining Pokol's expression: the *global constitution-oligarchy*. Many colleagues consider this term problematic. Pokol outlines the system of international co-operation that tries to enforce the failed political efforts in the sphere of the academic circles (e.g. in 2005 the establishment of the EU as a federal state failed, but within the academic legal profession, the concept of the *European constitutional law* and *multi-level constitutionality* emerges through conferences and related publications).<sup>32</sup> Pokol – referring to the ideas of Alexander Somek – mentions the reality-creating communication technique, namely that if the goal is not achieved through political instruments, it should be done as if it had already been realized.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> POKOL 2017, 53–54.

<sup>33</sup> POKOL 2017, 54.; “Since nobody appears to believe any longer in a change of the world order by political means, scholarship is increasingly taking comfort from the academic equivalent of practical change, namely the re-description of social realities. If the world cannot be changed, you imagine it changed and pretend the work of your imagination to amount to the real. [...] The most ludicrous form of the re-description is the application of constitutional vocabulary to international law.” (SOMEK 2010, 286.)

At least two comments can be made about these findings. Firstly, since these are not the events of the remote past, it is relatively easy to investigate the financing of these conferences on the basis of documents. From the method of funding, from its sources, from the system of the various scholarships and grants, it can be safely determined whether there is or there is not a closer relationship between the academic-theorists of the federal Europe and the political and economic supporters of the same goal. It can hardly be questioned that such a legal- and scientific-sociological research would provide many theoretical and practical edifications. The second remark relating to this problem: Should we rank the idea of the global constitution-oligarchy into the world of conspiracy theories without any kind of preliminary inquiry? In answering this question, is it worth considering whether interlocking with other disciplines have taken place?

László Csaba warns that there are crises in the world that, according to economic textbooks, should not occur.<sup>34</sup> The mainstream economists prefer mathematical models compared to real socio-economic experiences, and this theory dominates the universities, the research institutes and scientific journals.<sup>35</sup> Professor Csaba mentions that 19 of the 20 leading economics journals are published or edited in the United States, so a standardised global economics has emerged on the basis of the American model.<sup>36</sup>

Through the activity of the like-minded editors, the domination of *the one trend* becomes self-fulfilling and everything that does not fit into this genre is taught away.<sup>37</sup> The mainstream works do not mention the writings of such professors, who have an alternative view. The simplifying mainstream economic theses, based on mathematical formulas, start from a simplifying and false anthropological model. And these are easily used according to concrete interests.<sup>38</sup>

Professor Csaba points out that the changing of the scientific paradigms is motivated by power, financial, organizational and personal interests. It is easier to exclude from the academic observation circle the dissentient journals and publishers than to argue with them. This negatively influences and manipulates the science-metric achievement of

---

<sup>34</sup> CSABA 2014, 26.

<sup>35</sup> CSABA 2016, 16.

<sup>36</sup> CSABA 2014, 54–56.

<sup>37</sup> CSABA 2014, 57.

<sup>38</sup> CSABA 2016, 16.

the alternative authors, and the monopoly of a trend is created.<sup>39</sup> McCloskey declares that the intolerant hegemony of the mathematical method provides the arguments for free trade.<sup>40</sup> Paradoxically, the intellectual monopoly is in the service of free trade. An interesting addition is that the *Frankfurter Allgemeine Zeitung* in 1995 characterised the idea of the *Tobin tax* (which directed internationally the profit of the financial operations), as the first step towards an *Orwellian*, global total state.<sup>41</sup>

In turn, words have great power indeed. László Csaba also refers to the American economist McCloskey, who says that not only ideas define events but also the fact of talking about them.<sup>42</sup> All this is in accordance with Alexander Somek's thought: imitation firstly replaces reality, then it creates that.

So, the term *global constitution-oligarchy* is at least worth considering, because it is evident that, paraphrasing the words of Csaba, in the economic world a global economics elite emerged, which has created a hegemonic situation, not quite independent of the economic interests, which is supported by this oligarchy.

The narrative of the global economics oligarchy does not analyse, but it shapes the world, just as, according to Alexander Somek, propagandists of the *European Constitution* imitate a multilevel constitutionality.

Oswald Spengler wrote a hundred years ago: "The dreamer can be satisfied if the press is constitutionally »free«, but the expert will ask, 'At whose disposal is it?'"<sup>43</sup> Of course, this question may also be raised regarding the network of global constitution-oligarchy. After World War II, Italian, German and Japanese constitutions clearly show American influence. The fact that we can observe economic interests and groups behind the operation of the academic representatives of European and global *constitutionalism* is a fundamental question, which demands a thorough research. These are the interests that have led to the emergence and hegemony of *global economics*.

Studying the background can also be important from a terminological point of view. It is obvious that the expression of juristocracy is correct, if

---

<sup>39</sup> CSABA 2015, 102.

<sup>40</sup> MCCLOSKEY 2002, 13–14.

<sup>41</sup> MARTIN–SCHUMANN 1998, 120.

<sup>42</sup> CSABA 2016, 17; MCCLOSKEY 1983.

<sup>43</sup> SPENGLER 1991, II. 642.

the jurists who form the juristic process are autonomous. Just as aristocracy means the domination of aristocracy, the *best*, the *nobility*, and democracy means the power of the *demos* or people, and the oligarchy is the rule of the wealthy, so *juristocracy* has to mean the regime and rule of jurists. However, if these jurists are only instruments for developing a new type of power structure, we can hardly talk about their reign.

In order to understand the nature of the juristocratic process, we should involve some works of postmodern thinkers into our investigation. Such thinkers who did not write directly about the juristocratic mechanism, but about processes which are connected with the juristocratic phenomenon: the erosion of national states or global order. Thus, it can be useful to study the work of, for example, Jürgen Habermas, namely *The Postnational Constellation*,<sup>44</sup> or the books of Jacques Attali, who was the first president of the European Bank for Reconstruction and Development, campaign manager of Francois Mitterand, who elaborated the economic program of Nicolas Sarkozy, finally who is the mentor of recent French President, Emmanuel Macron. So, Attali's thoughts on Europism, globality and the future of law and state are more than only ideas.

Jacques Attali argues for global governance of the world in his books *Tomorrow, Who Will Govern the World?* (2012) and in *A Brief History of the Future* (2006). He has already formulated most of his theses earlier. However, his work *The Nomadic Man* [L'homme nomade] from 2003 is particularly instructive. He has already begun to point out here the conflict between migration-acceptor countries and migration-refuser countries, which will destroy the Union.<sup>45</sup> In his view, the union must allow significant rejuvenation and must accommodate a large number of foreigners.<sup>46</sup> Writing about the rule of the market, he indicates that laws are replaced by contracts, and justice is transformed into an arbitration court.<sup>47</sup> The constitutional structure and mechanism of Europe will be a model for the future global constitution.<sup>48</sup>

One and a half decade ago he wrote about the great movement of people, which abolished borders, and declared that the freedom of movement will

<sup>44</sup> HABERMAS 2006.

<sup>45</sup> ATTALI 2004, 303–304.

<sup>46</sup> ATTALI 2004, 304.

<sup>47</sup> ATTALI 2004, 305.

<sup>48</sup> ATTALI 2004, 309.



be the first and most important freedom.<sup>49</sup> However, it is clear that this will not be expressed by the national laws or the agreements between national states. It is more likely and logical that this task will be assigned to an international court.

It is a shocking idea of Attali to abolish the ownership relating to real estate,<sup>50</sup> and to spread polygamy and promiscuity.<sup>51</sup> However, it is a huge theoretical and practical question, whether the abolition of property will refer only to the average citizens or will also touch, for example, the bankers, who employed Macron through Attali's recommendation some years ago.

According to Attali, the states will essentially transform into receiving agencies,<sup>52</sup> while the *Government of the Earth* is organized around a network of agencies, depending on the global parliament.<sup>53</sup> However, considering that the parliament of the EU would serve as a model for the parliament of the World, the *Government of the Earth* would not be under a too strict control, because the European Parliament for example cannot make law through its own decision and cannot change the government of the EU, the European Commission.

Earlier researches of Pokol have presented thoroughly the structure and functioning of the global domination system.<sup>54</sup> In his recent volume, he outlined the nature of the *juristocratic governmental form*, referring to the relationship of the two phenomena (the global domination system and the juristocratic governmental form.) His reasoning in many respects is thought provoking and convincing. In addition to generalities, empirical research is necessary relating to these concrete connections, namely concerning the organizational, personal and financial interlockings. The results of such research can lead not only to the clarification of terminology, but can also ensure a more efficient defence against the democracy-destroying and science-distorting processes.

---

<sup>49</sup> ATTALI 2004, 323.

<sup>50</sup> ATTALI 2004, 326.

<sup>51</sup> ATTALI 2004, 328.

<sup>52</sup> ATTALI 2004, 330.

<sup>53</sup> ATTALI 2004, 330.

<sup>54</sup> POKOL 2005; 2008.

## References

- ATTALI, Jacques (2004): *A nomád ember*. Budapest, Allprint Kiadó.
- CSABA László (2014): *Európai közgazdaságtan*. Budapest, Akadémiai Kiadó.
- CSABA László (2015): Áttörés a világ közgazdaságtanában? – vagy mégsem? *Köz-gazdaság*, Vol. 10, No. 3. 89–104.
- CSABA László (2016): Ragadozó tigrisek a globális gazdaságban. Újratermelődnek a válságjelenségek. *Demokrata*, Vol. 20, No. 24. 16–18.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- FELDMAN, Noah (2005): Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, Vol. 37, No. 4. 857–889.
- HABERMAS, Jürgen (2006): *A posztnemzeti állapot*. Budapest, L'Harmattan.
- HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Boston, Harvard University Press.
- MARTIN, Hans-Peter – SCHUMANN, Harald (1998): *A globalizáció csapdái. Támadás a demokrácia és a jólét ellen*. Budapest, Perfekt.
- MCCLOSKEY, Donald N. (1983): The Rhetoric of Economics. *Journal of Economic Literature*, Vol. 21, No. 2. 481–517.
- MCCLOSKEY, Deirdre (2002): *The Secret Sins of Economics*. Chicago, Prickly Paradigm Press.
- MONTAIGNE, Michel de (1983): *A tapasztalásról*. Budapest, Európa Könyvkiadó.
- OKAZAKI, Osamu (2017): Modernization and the Japanese Habitual Employment Practice. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 18, No. 3. 124–133.
- POKOL Béla (2005): *Globális uralmi rend*. Budapest, Kairosz Kiadó.
- POKOL Béla (2008): *Globális uralmi rend*. 2. kötet, Budapest, Kairosz Kiadó.
- POKOL Béla (2017): *A jurisztokratikus állam*. Budapest, Dialóg Campus Kiadó.
- SOMEK, Alexander (2010): Administration without Sovereignty. In DOBNER, Petra – LOUGHLIN, Martin eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford, Oxford University Press. 267–288. DOI: <https://doi.org/10.1093%2Facprof%3Aoso%2F9780199585007.003.0013>
- SPENGLER, Oswald (1991): *A nyugat alkonya*. I–II. Budapest, Európa Könyvkiadó.

This page intentionally left blank.

*Alfred J. Noll*

## **Wie politisch ist die Verfassungsgerichtsbarkeit?**

Wie das Amen im Gebet gehört zum Rechtsstaat die Suprematie des Verfassungsgerichts über das Parlament. Nun hat die Frage, ob eine derartige Oberhoheit von einigen schwach legitimierten Juristen über die Volksvertreter mit dem Demokratieprinzip noch vereinbar ist, seit der Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit Anfang des 19. Jahrhunderts zu einem reichlichen Ausstoß von Tinte geführt. Ein klares Ergebnis dieser Diskussion gibt es nicht, die Standpunkte sind disparat, von vielfältigen Motiven getragen, und sie erhalten ihren Elan oft aus vordergründig tagespolitischen Absichten.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich in der Realität der Staaten durchgesetzt. Letztlich entscheiden Richter darüber, was das Parlament darf. Technisch gesprochen: Jeder Akt der Gesetzgebung ist vom Höchstgericht darauf zu prüfen, ob es am Maßstab der Verfassung Bestand haben darf. Der auf der Hand liegende Witz der Sache: Was die Verfassung ist und was sie gebietet, wird also von Richtern entschieden, wiewohl doch die Verfassungsgebung selbst ein ausgewiesener politischer Akt ist.

Gibt es eine Lösung für dieses Problem? Der Rechtsstaat kann nur dort vergleichsweise abgesichert wirken und werken, wo er auf entsprechenden gesellschaftlich-kulturellen Grundlagen steht. Fehlt es an derartigen Grundlagen, so wird jeder Rechtsspruch eines Höchstgerichts zu einer prekären Angelegenheit. Mit anderen Worten: Die Gerichte können die Bedingungen, unter denen sie auf Akzeptanz stoßen, nicht selbst herstellen, sie sind abhängig – und sie sind der beständigen politischen, ideologischen, finanziellen und kulturellen Einflussnahme ausgesetzt.

Was sollen wir aber unter einer derartigen „Einflussnahme“ verstehen? Wir können uns näher damit beschäftigen, indem wir darüber diskutieren, was es eigentlich heißt, wenn wir behaupten, ein Verfassungsgericht entscheide „politisch“.

Wer heute von Problemen der Verfassungsgerichtsbarkeit spricht, der spricht notwendig (wenn auch nicht immer explizit) davon, in welchem Umfang ein derartiges Höchstgericht durch seine in juristischer Form ergehenden Urteile Politik macht. In Frage steht dann jeweils, ob nicht das Gericht, indem es abschließend urteilt, nicht nur genuin juristische Emanationen hervorbringt, sondern immer auch *stricto sensu* politisch entscheidet. Tatsächlich geht es – wie die öffentlichen Diskussionen und die damit verbundenen emotionalen Eruptionen immer wieder zeigen – bei Stellungnahmen zu einzelnen Urteilen und Erkenntnissen eines Höchstgerichts stets auch und gerade um die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das jeweilige Höchstgericht „politisch“ geurteilt hat. Gemeint ist damit meist, dass das Gericht seine „eigentliche“ Kompetenz überschritten und sich solcherart einen Übergriff erlaubt habe, der ihm nicht zusteht. Die Frage ist schon deshalb virulent, weil wir den Gerichten zwar zubilligen, gesellschaftliche Sachverhalte nach dem vorgegebenen Normenmaterial zu beurteilen, es aber unser aller Haltung seit dem letzten Drittel des vorvorigen Jahrhunderts zumindest in Kontinentaleuropa widerspricht, wenn sich Gerichte an die Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers stellen und dieses Normenmaterial aus eigener Machtvollkommenheit schöpfen.

Nun kann es ja an sich nicht strittig sein, dass – einerlei, was wir von einzelnen höchstgerichtlichen Judikaten auch halten mögen – die nicht mehr der Anfechtung unterliegende Tätigkeit eines jeden Höchstgerichts immer auch gewisse politische Auswirkungen hat; das ist evident und nicht zu leugnen. Aber macht das eine jede höchstgerichtliche Entscheidung selbst schon im abwertenden Sinne „politisch“? – Unglücklicherweise ist dies schwer zu beurteilen, solange der Begriff „politisch“ nicht genauer bestimmt wird.

Mit einiger – ausschließlich für den vorliegenden Zweck zu rechtfertigender – Vereinfachung lassen sich in diesem Zusammenhang sechs verschiedene Lesarten von „politisch“ ausmachen. Wir müssen uns dieser kleinen Deklinationsübung unterziehen, wenn wir wissen wollen, worüber wir sprechen:

(1) „Politisch“ kann zunächst gemeint sein als „Teil des politischen Systems“. In diesem Sinne ist es offensichtlich, dass ein jedes Höchstgericht eine politische Institution ist und dass die Richter eines derartigen Höchstgerichts insofern eine gewisse politische Rolle spielen. Sie sind Teil des politischen Systems in diesem Land, weil sie Teil des Gesamtapparates sind, von dem wir regiert werden. Damit lässt sich aber wohl

kein wie immer gearteter Vorwurf gegen ein Höchstgericht konstruieren. Die Bezeichnung der Entscheidungstätigkeit eines Verfassungsgerichts als „politisch“ in diesem Sinne wäre analytisch nicht besonders gehaltvoll und brächte lediglich eine (nicht weiter diskussionswürdige) Normalität und Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, die auch gar nicht pejorativ gemeint sein könnte: Richter sind immer Teil staatlicher Autorität, und als solche können sie gar nicht anders, als Entscheidungen zu treffen, die politisch von Relevanz sind. Wichtig wäre dann nur zu wissen, auf welcher institutionellen Grundlage und vor welchem normativen Hintergrund sie diese Entscheidungen treffen.

(2) „Politisch“ kann aber auch bedeuten, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichts die Verteilung von Macht, Freiheit und Ressourcen in einem Land verändern. Bekanntlich hat schon Harold Laswell das eigentliche Thema der Politik beschrieben als die große Frage: „Who Gets What, When, How“. Wiederum ist es ganz deutlich, dass die Entscheidungen eines Verfassungsgerichts auch in diesem Sinne „politisch“ sind. Als Resultat vieler Entscheidungen bekommen eben manche Gesellschaftsmitglieder mehr staatliche Transferzahlungen, oder sie müssen weniger Steuern zahlen, müssen früher oder später in Pension gehen etc. etc. „Politisch“ in diesem Sinne ist aber recht eigentlich nur eine andere Weise, davon zu sprechen, dass ein jedes Verfassungsgericht Teil des jeweiligen nationalen politischen Systems ist. Es ist ein Entscheidungszentrum im Rahmen staatlicher Organisation, das die Lebensbedingungen des jeweiligen Landes spürbar beeinflusst. Zwar wird auch mit dieser Lesart von „politisch“ bloß eine Selbstverständlichkeit beschrieben, aber gemeinhin verbindet sich damit schon die Kritik, dass es ausschließlich Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers sein sollte, derartige Ressourcenverteilungen vorzunehmen.

(3) „Politisch“ kann aber auch heißen, in direkter politischer Wechselwirkung mit anderen gesellschaftlichen Akteuren zu stehen. Damit wird auf eine schwierigere beziehungsweise umstrittenere Bedeutung von Politik hingewiesen. Politik bezieht sich ja nicht nur auf die großen Gesellschaftsprozesse, sondern auch auf das alltägliche Leben, auf die persönliche Begegnung, auf die Auseinandersetzung zwischen kleinen Gruppen. Politikwissenschaftlich können wir durchaus auch den Kampf einzelner Personengruppen um gesellschaftlichen Einfluss, die individuellen oder kollektiven Versuche, andere zu überzeugen oder zu überreden, oder auch das Aussprechen von Drohungen oder Angeboten, um ein Ziel

zu erreichen, als deren Politik, als Politik dieser Gruppe bezeichnen. Es gibt keinen Grund, warum wir nicht auch über ein Verfassungsgericht in diesem Sinne sprechen sollten. In einem jedem Verfassungsgericht sitzen verschiedene Richter, die sich wechselseitig beeinflussen, jeweils den anderen, die Parteien und die Öffentlichkeit überzeugen wollen; das wollen auch die Anwälte, die Vertreter der belangten Behörde, die Parteien. Auch hier ist es ganz offensichtlich, dass es begründet ist, jede urteilende Tätigkeit eines Verfassungsgerichts als „politisch“ zu qualifizieren, zumal sich international die Tendenz zeigt, dass sich die Verfassungsgerichte beziehungsweise deren Präsidenten immer öfter veranlasst sehen, die Arbeit ihres Gerichts öffentlich zu kommentieren beziehungsweise zu verteidigen – ein Indiz dafür, dass man sich des „Politischen“ der eigenen Tätigkeit zunehmend bewusst wird.

(4) „Politisch“ kann nun aber auch heißen, in einem politischen Streit für eine Seite Partei zu ergreifen. Die Parteinahme kann unbewusst oder bewusst erfolgen, sie kann explizit oder implizit erfolgen. Es könnte etwa behauptet werden, dass die konkrete Herkunft und bestimmte Vorurteile der Verfassungsrichter diese bewegen, manche Argumente anderen vorzuziehen, oder sich von vorneherein eher auf die eine als auf die andere Seite zu stellen, wenn sie eine Sache verhandeln. Auch dann, so könnte weiter argumentiert werden, wenn sie versuchen, neutral und unparteiisch zu sein, entkommen sie nicht ihrer sozial und kulturell fixierten Voreingenommenheit und einem bestimmten (meist konservativen) Verständnis ihres Amtes als Verfassungsrichter. Und für gewöhnlich, so könnte schließlich behauptet werden, versuchen sie dies nicht einmal. Vermutlich liegt genau hier der Punkt, um den es geht, wenn man einem Verfassungsgericht vorwirft, es entscheide „politisch“.

(5) „Politisch“ kann aber auch meinen, bei der Entscheidungsfindung ganz bewusst von ideologischen oder moralischen Beweggründen motiviert zu sein. Diese Sicht weist auf einen ganz spezifischen Aspekt der richterlichen Tätigkeit hin: Damit wird nicht nur behauptet, die Richter würden politisch voreingenommen urteilen, sondern sie würden ihren Entscheidungen vorsätzlich ganz bestimmte politische Prämissen unterlegen und diesen Prämissen durch eine bloß juristische Verkleidung zum Durchbruch verhelfen. In diesem Sinn wäre ein Verfassungsgericht dann „politisch“, wenn es zum Vorteil oder zur Durchsetzung bestimmter Werte (etwa individueller Freiheit, christlicher Werte, Laissez-faire, sozialer Demokratie) eindeutig Stellung nimmt. Wenn dies der Fall ist, dann gründet

sich die Entscheidung des Verfassungsgerichts genauso auf politische Werte wie die eines Politikers. So wie alle Politiker würde dann auch das Verfassungsgericht die Grundlagen seiner Entscheidung vor allem in seinen Vorstellungen darüber finden, wie eine „gute“ Gesellschaft eingerichtet sein sollte. Der einzige Unterschied zu den eigentlichen Politikern würde dann darin bestehen, dass die Verfassungsrichter immerhin verpflichtet sind, ihre Entscheidungen entlang verfassungsrechtlicher Bestimmungen zu treffen beziehungsweise zu illustrieren, die sie sich nicht selbst gegeben haben. Die Richter des Verfassungsgerichts wären also bei der Verfolgung ihrer gesellschaftlichen Vorstellungen einerseits deutlich beschränkter als die gewählten Politiker, könnten aber andererseits diese genuin politische Entscheidung als durch das Verfassungsrecht erzwungen ausgeben und damit eine erhöhte Legitimationskraft für ihre Entscheidung lukrieren. Aber in der Interpretation der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die die Grundlage für ihre Entscheidungen abgeben, kehren sie deutlich ihre eigenen politischen Vorstellungen, ihre eigene Ideologie, ihre eigenen politischen Ziele und ihre eigenen Prinzipien hervor. Das kann mitunter so weit gehen, dass der ganz allgemein an die Adresse der Juristen gerichtete Vorwurf, diese könnten ohnedies „alles“ begründen und sie würden ihre von vornherein feststehenden Entscheidungen unter Heranziehung des Normenmaterials nur noch illustrieren, auch im Hinblick auf das Verfassungsgericht gerechtfertigt schiene.

(6) „Politisch“ kann aber schließlich auch heißen, bei der Arbeit beziehungsweise beim Handeln von der Ambition oder dem Wunsch motiviert zu sein, im Amt zu bleiben, also zuvörderst bloß die eigenen Interessen zu verfolgen; das ist in gewisser Weise der schäbigste Sinn des Ausdrucks „politisch“. Um ein Beispiel zu bringen: Viele der Aktionen Richard Nixons im Zusammenhang mit der sog. „Watergate-Affäre“ waren eher politisch in genau diesem Sinne, als im Sinne von (5). Es ist nicht selten, dass man Politikern nach einer bestimmten Entscheidung vorwirft, sie würden mit dieser Entscheidung lediglich versuchen, die Chancen ihrer Wiederwahl zu erhöhen, oder ihren Ruf zu schützen, oder gar bestimmte Günstlinge fördern zu wollen. Nun haben sich die Verfassungsrichter im Allgemeinen nicht um ihre Wiederwahl zu sorgen – sie sind entweder auf bestimmte Zeit oder sogar lebenslänglich bestellt. Ihre öffentliche oder auch nur halb-öffentliche Reputation will aber doch bedacht sein. Die Mitglieder eines Verfassungsgerichts könnten auch versucht sein, ihr Verhalten im Hinblick auf ihre sonstige gesellschaftliche oder berufliche Stellung auszurichten;



man ist nur bis zu einer bestimmten Altersgrenze Richter, und man ist nicht nur Richter, sondern auch Beamter, Anwalt, Universitätslehrer, Mitglied von politischen Vereinigungen oder Funktionär in sonstigen Organisationen. Eine noch weiter beunruhigende Möglichkeit ist, dass die Richter eines Verfassungsgerichts bei ihren Entscheidungen davon motiviert sein könnten, die politische Position derjenigen zu begünstigen, denen Wahlen bevorstehen. Und oft ist dann, wenn gesagt wird, ein Verfassungsgericht habe „politisch“ entschieden, nichts anderes gemeint, als dass das jeweilige Verfassungsgericht einfach versucht hat, die Position der Regierung gegenüber politischen und durch Wahlen hervorgerufenen Störungen zu schützen.

Spätestens an dieser Stelle können wir diese Typologie abschließen. Wir müssten, um gewinnbringend und also analytisch davon zu zehren, nun die konkrete Entscheidungstätigkeit eines konkreten Verfassungsgerichts in einem bestimmten Land in Augenschein nehmen, um eine genauere Beschreibung zu ermöglichen. Da ich selbstverständlich die konkrete Situation in Ungarn gar nicht kenne und ich Sie auch nicht mit einer Einführung in die österreichischen Verhältnisse langweilen will, bietet es sich an, die von mir gerade versuchte Typologie in der Rede vom „Politischen“ zu ergänzen um die beispielhafte Skizze anhand eines konkreten Rechtsproblems. Ich wähle das Beispiel der „Gleichheit vor dem Gesetz“, eines fast universell zu nennenden Rechtswertes, der in der Rechtsprechung aller Verfassungsgerichte eine herausragende Rolle und Bedeutung einnimmt, und ich trage an dieser Stelle eine etwas längere und warnende Stelle von Hans Kelsen vor, weil gerade er es war, der den hier interessierenden Sachverhalt mit großer Präzision beschrieben hat.

Bekanntlich ist in Österreich die „Gleichheit vor dem Gesetz“ mehrfach garantiert. Schon seit 1867 gilt durch das Staatsgrundgesetz: „Vor dem Gesetz sind alle Staatsbürger gleich“. Und auch Art. 7 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 (B-VG) garantiert: „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen“. Und durch Art. 149 Abs. 1 B-VG wurde schließlich auch der Art. 66 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 in Verfassungsrang gehoben: „Alle österreichischen Staatsangehörigen ohne Unterschied der Rasse, der Sprache oder Religion sind vor dem Gesetze gleich und genießen dieselben bürgerlichen und politischen Rechte. Unterschiede in Religion, Glauben oder Bekenntnis sollen keinem österreichischen Staatsangehörigen beim Genuss der bürgerlichen und politischen Rechte nachteilig sein, wie namentlich bei Zulassung

zu öffentlichen Stellen, Ämtern und Würden oder bei den verschiedenen Berufs- und Erwerbstätigkeiten“.

So weit so klar, und deshalb machte zunächst niemand viel Aufhebens darum: Der Adel selbst war schon durch das Gesetz vom 3. April 1919 (StGBI. Nr. 211) abgeschafft worden, das „gleiche, unmittelbare, geheime und persönliche Wahlrecht der Männer und Frauen“ durch Art. 26 B-VG abgesichert – und mehr war von einer republikanisch-demokratischen Verfassung zunächst nicht zu fordern. Insbesondere blieb es zunächst und bis auf Weiteres auch in der Rechtsprechung des VfGH dabei, dass die Formel „Gleichheit vor dem Gesetz“ keine Bindung für den Gesetzgeber entfalten konnte. Dies lag – ohne dass man groß spekulieren musste – vermutlich (auch) an der bis 1929 währenden Mitgliedschaft Hans Kelsens als Referent im VfGH; und was dieser von „Gleichheit“ im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit hielt, machte er im April 1929 anlässlich der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien deutlich. Es lohnt sich, eine etwas längere Passage zu dokumentieren<sup>1</sup>.

Kelsen führte in Hinsicht auf derartige allgemeine verfassungsrechtliche Postulate wie „Gleichheit“, „Freiheit“ und „Gerechtigkeit“ unter anderem aus:

„Gerade im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] können sie eine höchst gefährliche Rolle spielen, und zwar wenn es gilt, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu prüfen. Richtet die Verfassung an den Gesetzgeber die Aufforderung, seine Tätigkeit im Einklang mit der ‚Gerechtigkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚Billigkeit‘, ‚Sittlichkeit‘ usw. zu entfalten, dann könnte man in diesen Worten Richtlinien für den Inhalt künftiger Gesetze erblicken. Gewiss nur zu unrecht, da solche Richtlinien nur vorliegen, wenn eine bestimmte Richtung angegeben, wenn irgendein objektives Kriterium in der Verfassung selbst gegeben ist. Indes wird sich die Grenze zwischen derartigen, nur dem politischen Schmuck der Verfassung dienenden Formeln und der üblichen Bestimmung des Inhalts künftiger Gesetze im Katalog der Grund- und Freiheitsrechte leicht verwischen lassen, und es ist daher die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen, dass ein Verfassungsgericht, zur Entscheidung über die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines bestimmten Gesetzes angerufen, dieses Gesetz mit der Begründung kassiert, dass es ungerecht sei, denn ‚Gerechtigkeit‘ sei ein verfassungsmäßiger Grundsatz

<sup>1</sup> KELSEN, Hans (1929): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In *VVDStRL*, 5 (1929), S. 30 ff., hier S. 68 f.

und daher vom Verfassungsgericht anzuwenden. Das bedeutet aber, dass dem Verfassungsgericht eine Machtvollkommenheit eingeräumt wird, die schlechthin als unerträglich empfunden werden muss. Was die Mehrheit der Richter dieses Gerichtes für gerecht ansieht, kann im vollkommenen Widerspruch zu dem stehen, was die Mehrheit der Bevölkerung für gerecht hält, und steht unzweifelhaft im Widerspruch zu dem, was die Mehrheit des Parlaments für gerecht gehalten, das eben dieses Gesetz beschlossen hat. Dass es der Sinn der Verfassung nicht sein kann, durch den Gebrauch eines nicht näher bestimmten, so vieldeutigen Wortes wie jenes der ‚Gerechtigkeit‘ oder eines ähnlichen, jedes vom Parlament beschlossene Gesetz von dem freien Ermessen eines politisch mehr oder willkürlich zusammengesetzten Kollegiums, wie es das Verfassungsgericht ist, abhängig zu machen, versteht sich von selbst. Soll daher eine solche von der Verfassung gewiss nicht intendierte und politisch höchst unangebrachte Machtverschiebung vom Parlament zu einer außerhalb desselben stehenden Instanz vermieden werden, die zum Exponenten ganz anderer Kräfte werden kann als jener, die im Parlament zum Ausdruck kommen, dann muss sich die Verfassung, wenn sie ein Verfassungsgericht einsetzt, jeder derartigen Phraseologie enthalten; und, wenn sie Grundsätze, Richtlinien, Schranken für den Inhalt der zu erlassenden Gesetze aufstellen will, diese so präzise wie möglich bestimmen“.

Soweit die Ausführungen von Hans Kelsen. – Wir sind beim Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit und können erkennen, dass Kelsen hier eine Problemverschiebung vornimmt: Nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit an sich wird ihm zum Problem, sondern die Verfassung selbst.

Um ganz konkret zu werden: Wenn die österreichische Verfassung just aus den von Kelsen angeführten Gründen relativ wertneutral ist (Kelsen hat die maßgeblichen Entwürfe der österreichischen Verfassung geschrieben), und wenn überdies gerade das Gleichheitsrecht eine ganz eindeutige, nämlich ausschließlich gegen überkommene feudale Standesprivilegien und eine gegen die Herabsetzung von ethnischen und religiösen Minderheiten gerichtete Zielsetzung hat, und also nur die von Kelsen angesprochene „Subsumtionsallgemeinheit“ zum Inhalt hat, wie kommt es schließlich zur heute deutlich sichtbaren „Hypertrophie des Gleichheitssatzes“ und den daraus folgenden Beschränkungen des Gesetzgebers? Wie wurde aus dem Gebot der „Gleichheit vor dem Gesetz“ ein „allgemeines Sachlichkeitsgebot“, das sich in fast willkürlich zu nennender Weise als nicht weiter zu bestimmender Prüfungsmaßstab einer Vielzahl von parlamentarischen

Gesetzgebungsakte entgegenstellen kann?<sup>2</sup> Ist das nicht gerade die Usurpation des politischen Raumes vermittelt einer Gerichtsentscheidung, die im Effekt allen demokratischen Postulaten ins Gesicht schlägt?

Mit der für unseren Anlass gebotenen Kürze lassen sich die folgenden groben Striche ziehen:

Recht und Gesetz bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anerkennung durch die Rechtsunterworfenen. Die Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit sind aber nicht im Recht selbst, sondern außerhalb des Rechts zu finden. Gesetze und Urteile, die nicht anerkannt werden, verlieren nicht nur ihre Effektivität, sondern letztlich auch ihre Geltung. Mit der Verfassung und ihren Einrichtungen müssen wir also sorgsam umgehen, sonst verlieren wir sie. Selbst wenn es also so wäre, dass ein bestimmtes Erkenntnis eines Verfassungsgerichts bewusst parteiisch und offensichtlich (juristisch) falsch und also „politisch“ in der negativsten Bedeutung des Wortes wäre, müsste ihm – besonders natürlich von den anderen staatlichen Organen – gefolgt werden. Denn wer sollte hier der Richter sein? Und wer wollte sich derart über die Verfassung stellen?

Mit dem unbedingten Erfordernis der Anerkennung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist aber nicht gesagt, dass die Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit selbst beendet sein sollte. Demokratie lebt davon, dass unentwegt und unbeschränkt über eine Verbesserung staatlicher Institutionen und sohin auch der Verfassungsgerichtsbarkeit diskutiert und gestritten wird. Die notwendige Kritik an der Justiz und an einzelnen ihrer Entscheidungen entspricht guter demokratischer Tradition.

Bis auf Weiteres und in Zukunft wohl immer öfter werden an die nationalen Verfassungsgerichte genuin politische Fragestellungen herangetragen werden. Das hat damit zu tun, dass nationale und supranationale Politik insgesamt konflikthafter geworden sind und dass die verschiedenen politischen Akteure immer öfter versuchen, das jeweilige Höchstgericht als „verbündeten“ politischen Spieler zu instrumentalisieren. Die Entscheidungen selbst werden aber auch immer öfter in einem besonderen, politisch aufgeladenen Kontext landen. Dies hat insgesamt zur Folge, dass die schon bisher erfolgte politische Einflussnahme bei der Besetzung der Verfassungsgerichte nicht abnehmen wird. Darin liegt an sich auch kein Mangel: Die Entscheidungen eines Verfassungsgerichts sind seit jeher und

---

<sup>2</sup> Ich habe das für Österreich umfänglich dargestellt in NOLL 1996, *passim*. Vgl. auch NOLL 2004, 322–339.

immer von politischer Relevanz im oben beschriebenen Sinne. Geändert hat sich allenfalls die Bedeutung mancher verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im jeweiligen politischen Feld.

Bemühungen, die Besetzung des VfGH zu „entpolitisieren“, haben also wenig Überzeugungskraft und sind nicht realistisch. Wesentlicher scheint es mir, für eine gesteigerte Transparenz bei der Bestellung der Verfassungsrichter zu sorgen und einen schnelleren Wechsel im jeweiligen Verfassungsgericht zu ermöglichen. Die politischen Parteien sollten nicht länger verschweigen, aus welchen Motiven sie eine bestimmte Person als Richterin oder Richter in einem Verfassungsgericht sehen wollen. Die notwendige Anbindung des Verfassungsgerichts ans jeweilige politische System, die nicht verzichtbar ist, wenn die Effektivität seiner Entscheidungen gesichert werden soll, ließe sich in Österreich etwa durch eine Verkürzung der Amtszeit der Richterinnen und Richter auf etwa 12 Jahre verstärken. Besondere Bedeutung aber kommt der Öffentlichkeit des Verfahrens und der Entscheidungsfindung zu. Es ist zum Beispiel ein völlig anachronistisches Element der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, dass es bis heute keine Möglichkeit gibt, Sondervoten zu veröffentlichen.

Jedes Verfassungsgericht ist notwendig juristisches und (!) immer auch politisches Organ, und dies jeweils im wörtlichen Sinne der Worte. Dieser Zwitterstellung entkommt es nicht. Wer dies nicht sieht, leistet ideologischer Nebelbildung Vorschub. Deshalb ist ein jedes Verfassungsgericht sowohl in seinem Bestand als auch in Hinsicht auf alle seine Entscheidungen mit großer Berechtigung Gegenstand nicht nur der rechtswissenschaftlichen Kritik, sondern auch der politischen Auseinandersetzung – und wie überall, macht auch hier der Ton die Musik.

## Bibliographie

- KELSEN, Hans (1929): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In *VVDtStRL*, Heft 5. 30–84.
- NOLL, Alfred J. (1996): *Sachlichkeit statt Gleichheit? Eine rechtspolitische Studie über Gesetz und Gleichheit vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof*. Wien – New York, Springer Verlag. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-7091-9470-6>
- NOLL, Alfred J. (2004): Verfassungsgerichtshof. In NOLL, Alfred J.: *Rechtswagen. Kleines Panoptikum fraglicher Rechtszustände*. Mit einem Vorwort v. A. THURNHER. Wien, Czernin Verlag, 322–339.

Csaba Varga

## The Rule of Law and Soft Law – Jolly Jokers of a New Judgeocracy?

*“All people of broad, strong sense have an instinctive repugnance to the men of maxims; because such people early discern that the mysterious complexity of our life is not to be embraced by maxims, and that to lace ourselves up in formulas of that sort is to repress all the divine promptings and inspirations that spring from growing insight and sympathy. And the man of maxims is the popular representative of the minds that are guided in their moral judgment solely by general rules, thinking that these will lead them to justice by a ready-made patent method, without the trouble of exerting patience, discrimination, impartiality—without any care to assure themselves whether they have the insight that comes from a hardly-earned estimate of temptation, or from a life vivid and intense enough to have created a wide fellow-feeling with all that is human.”*

George Eliot<sup>1</sup>

*“There is no need at all for different people, religions and cultures to adapt or conform to one another. [...] I think we help one another best if we make no pretenses, remain ourselves, and simply respect and honor one another, just as we are.”*

Vaclav Havel<sup>2</sup>

Since more than a quarter of a century, the almost mechanical and un-reflected *reception* of Western mainstream trends in the entire Central and Eastern European region has made the chance of any new fresh start

---

<sup>1</sup> ELIOT 1860, Book 6, Ch. 2.

<sup>2</sup> HOWARD 2011.

the function of a soullessly estranged doctrinarianism, declaring its newest inventions the law of the day, self-defeating to the depth for all the countries concerned.<sup>3</sup> For whatever its present state – even if apparently obsolete, strange or crude – it is only *tradition*, the accumulation of generations’ lived-through experience – i.e. the historically evolving culture of each and every community – that can offer integrative force to any given society and dignity to persons belonging to it.<sup>4</sup>

Just to start with our central concept here, it is a degrading paradox to realise how much the English–American legal heritage strives to become the Number One teacher of Europe in making it understand what the overemphasised and overused notion of the *Rule of Law* means. For it is surprising to notice that – as to the English past – an ideal is extended to get accepted worldwide as a universal model that has from the beginning targeted the preservation of the autonomy (or independence from the royal power) of the judiciary. And ironically, the most essential feature that common law has never been embodied by clear rules and that the incessantly growing mass of precedents cannot be but based on *ex post facto* declaration of what the kingdom’s law has ever allegedly been, that is, retroactive for the contended case,<sup>5</sup> is not disputed by its either classic or contemporary jurisprudence.<sup>6</sup> And as to the presence of the *United States of America*, their understanding of what the rule of law stands for is founded on the political and hierarchical supremacy of judicial power, in a way close to amounting to the breaking down of what has been left from their founding fathers’ idea on democracy. As to the motives, everything is

---

<sup>3</sup> Cf. as to the once Soviet Union destiny, VARGA 2008, 199–219.

<sup>4</sup> Hardly are we longing for reviving the nomadic life in the Steppe again, but the political and social wisdom in its ordering may have been adequate and thoroughly balanced in its time. NYSANBAYEV 2004, Ch. II, *Common Law Philosophy of the Kazakhs: Potentials for Democracy*. Cf. also VARGA 2015, 83–96. Albeit the Albanian Highland’s *Blood Feud* [gjakmarrja] may hardly have a positive acclamation today, nevertheless “Albanians have a reverence for honesty and good faith that plays an almost sacred role in their customary law. These same values can bring justice to modernity, and control the atomism and the positivism that have defaced the rule of law in other, more modern, European societies.” TRNAVCI 2010, 215. Cf. also ISENI et al. 2013, 50–60.

The first comparative attempt at drawing a legal map of the world based on tradition genuinely has been done by GLENN 2014. For the variety of roles tradition may play, see VARGA 2012c, 83–85.

<sup>5</sup> EKINS 2011, 166–167, 174–178.

<sup>6</sup> E.g. REID 2004; SILKENAT et al. 2004.

rooted in the short run strive for winning, in any case, in American politics. And in its main orientation of not to lose, the state power's democratic (representative) machinery, legislation-cum-government, is oriented to attract voters' favour, and passes on, obstinately, all issues hazarding unanimous popular consent to eagerly available judicial fora. For this reason, divisive issues – that is, those that would indeed need disputation on a *demos* level – are, instead of reaching the democratic consent of the people's representatives, all decided in camera by a judicial forum, throughout homogenised and formalised in law, that is, made insensitive to popular values.<sup>7</sup> As a self-multiplying effect, there is constitutional adjudication imposed upon legislation: the law enacted by the sovereign representative is, if brought to judicial fora, dependent on reaffirmation by a professional body which is not representative but free of control, and acts in a legally homogenised and formalised way. On its turn again, this offered an invitation for the recently died Ronald Dworkin to propose judicial review in order to assess political party programs as well, before a party may launch its agenda before the public. Moreover, the American rule-based law itself gets increasingly deformed in the legislative practice since it can easily serve juristocratic interests: it gets drafted in a manner to ease decisional options for the future judge in case the regulated issue will be contested.<sup>8</sup>

In reaction, there is a widely developing scholarly literature addressing the destructive effects of such a new *political religion*,<sup>9</sup> criticising, among others, also the intellectual climate, in the womb of which the liberality of licentious law professors, rivalling each other up to arriving at unrestrained extremities, alongside of profit-hungry advocates, skilled in filling all available or artificially established gaps in the law, construct their own rule of law – no need to add that to the detriment of the founding fathers' ideals of old.

What have they produced and what may have produced them? As a sign of social trust dissolved and the once erected social network of integration fallen to pieces, in the American society during the last fifty

<sup>7</sup> Cf. VARGA 2006, 21–41. Even pieces of historical particularity are universalised when such a feature unreproducible elsewhere, FRANCK 1972, 783, gets implemented not only in the reach of Common Law but also in dissimilar cultures like South-Africa and Israel. Cf. HIRSCHL 2004.

<sup>8</sup> HELLAND–KICK 2013, 118–136.

<sup>9</sup> HIRSCHL 2011.



years divorce multiplied by four, unmarried birth by twelve, violent crime by ten, at a time when the hypertrophically increasing curve of regulatory intervention and litigation had already corroded security in law.<sup>10</sup> Instead of curing aid, law has become the problem itself, a major pathogen factor sickening America, as repeatedly stated by home critics.<sup>11</sup> Accordingly, at a stage when representative democracy is forced back by the triumphing judicial power<sup>12</sup> and the mainstream ideology (upheld by a tiny minority partisan background) is estranged from basic human needs, the cry for “Government by real people, not theories” has had to surface as a new revendication.<sup>13</sup> Or, proud and arrogant American exceptionalism (recognizing, in the mirror of America, the end of history type<sup>14</sup> universal ideal of human existence) is already seen as proof for impotence-cum-chauvinism, characterised by over-expensive legal order, artfully legalised wangling, and influential lawyerly cast parasitizing on corruption.<sup>15</sup> It is attributed more and more to proliferating brainchildren, easy and irresponsible, by elite universities acting as “short-sighted, self-interested groups”<sup>16</sup> that social solidarity has moulded. Or, as concluded, “the legal foundation of the road to serfdom was devised by law professors”, in a course when also “social policy litigation has corroded democracy and contributed to public polarization and the fiscal crisis”.<sup>17</sup> All in all, thanks to the army of laws and lawyers wedging themselves in all available ongoing processes and moves of habitual social practices, medical expense is hypertrophically higher and litigation cost multiplied into four to nine times as compared to other places. The end-result is an “overlawyered, overregulated country with multiple access points for bureaucrats and special interests to interfere with business decisions”.<sup>18</sup> Not by chance, some months before his assassination, Robert F. Kennedy could have told, too, on the mainstream understanding of the Rule

---

<sup>10</sup> FUKUYAMA 1999; Cf. also VARGA 2012e, 131–164.

<sup>11</sup> BUCKLEY 2013a; this work is itself an inquiry of – as stated on the frontispiece – “whether the U.S. legal system is contributing to the country’s long post-war decline”. Cf. also, as a reflection CAMPOS 1998, as well as comments by VARGA 2013b, 63–77.

<sup>12</sup> HIRSCHL 2004.

<sup>13</sup> HOWARD 2014, heralded as a chapter title; cf. also HOWARD 1994.

<sup>14</sup> Cf. FUKUYAMA 2006.

<sup>15</sup> BUCKLEY 2013b, 3–39.

<sup>16</sup> HOWARD 2002.

<sup>17</sup> Randy E. Barnett and Philip K. Howard quoted by OLSON 2011.

<sup>18</sup> REINSCH 2013. As a background, cf. VARGA 2012f, 202–215.

of Law ideal what he opined on “the gross national product [that] measures everything, in short, except that which makes life worthwhile. And it tells us everything about America except why we are proud to be Americans.”<sup>19</sup>

Well, now it seems as if all such new developments were at the same time to anticipate the political and legal reality of the *European Union*. For, as recently stated, “The European Union (EU) is not driven by the Rule of Law as an institutional ideal. Instead, the Union deploys the ‘Rule of Law’, viewed to a large extent through the lens of the autonomy of the EU legal order, to shield its law from potential internal and external contestation. This is precisely the opposite of what the classical understanding of the Rule of Law would imply. The perverse semantics of the Rule of Law in the EU legal context would not be worth of a lengthy investigation, if it were not for the fact that far-reaching destructive consequences of this perversion directly affect the very constitutional essence of the European Union and its Member States by undermining the values—the Rule of Law included—on which both constitutional levels are purportedly built.”<sup>20</sup>

And what is the outcome, what about the aftermath? By now, on a widened scene, both domestic and inter-national agencies engage in doing jobs by referring to – by use, overuse and abuse – catchwords like the *rule of law*, *democracy* and *human rights*, as if such sphinx-like expressions could stand for legal authorities themselves. Almost as political slogans, these are appealed as if they were to imply normatively well-defined and legally operative measures, able to offer exhaustively exclusive criteria. For that matter, they do that fully aware of the fact that, indeed, both their meaning and the consequences of what have been attributed to them by politically and legally manoeuvring actors are ambiguously open. Otherwise speaking, all this performance stands for a hardly disguised, ill-concealed *political ruling*, practiced by manipulation and the exclusivity of absolutism.<sup>21</sup> This is what makes such claims over-generalised, emptied from their historical setting context and original meaning. And what is left cannot be

<sup>19</sup> Robert F. KENNEDY at the University of Kansas on March 18, 1968, quoted by MAJITHIA 2006 from KENNEDY 1998.

<sup>20</sup> KOCHENOV 2015, 74.

<sup>21</sup> Repeatedly reminding “the intervenors [who], when challenged, always resort to a moral justification—natural law and Christianity in the sixteenth century, the civilizing mission in the nineteenth century, and human rights and democracy in the late twentieth and twenty-first centuries.” WALLERSTEIN 2006, 27.

more or else than lost conceptuality, or mere referential idol, qualified as “meaningless thanks to ideological abuse and general over-use”.<sup>22</sup>

\*

A quarter of a century ago, those now in government, then my own university students in the metropolitan law faculty in Budapest, organised an international conference on the understanding of the Rule of Law, at a time when they saw the dawn of perhaps the to-be-assisted self-collapse of communist regimes. John Finnis of Oxford, visiting, among others, there and then, defined then the tone, serving as an upbeat with a most surprising but adequate instruction. There is an immense number of books dedicated to the topic – he told – with all of them addressing you in your endeavour rebuilding your country after communism. But don’t bother with them, please – he added. It would be meaningless for you. It is only one single sentence from all that may have a particular message to you. One, from my own book. And it reads: “The rule of law is not and cannot be a pact of collective suicide.”<sup>23</sup> Well, what was meant by such a cryptic wording? As he explained, the Rule of Law stands for the *culture* of the exercise of state power. This has developed differently in differing countries, responding to local timely challenges. And challenges being *hic et nunc*, that is, particular with varied emphases and cultural contextures, there is *no exclusive response* available. And whatever response laboured eventually there and then, it solely responded to the urgently felt need in the first place, with no specific concern for abstract posterity. Or, the Rule of Law is a civilising idea of how state power can pacify: a tool to reach it, but not an excuse why not to reach it. All in all, in principle, it is a function of the given state what culture exactly it cultivates and how it will implement it in various situations.

This amounts to stating that the Rule of Law cannot become a fetishized idol. Moreover, it cannot even be treated like an artificially

---

<sup>22</sup> SHKLAR 1987, 1 et seq. on 1. Cf., as recently monographed by a constitutional justice, a member of the Venice Commission, ex deputy *procureur générale* of Hungary, VARGA Zs. 2015.

<sup>23</sup> FINNIS 1980 holds indeed that the security of law being part of public good and the rule of law being out of the potential to secure all the aspects or even the essence thereof, by choosing in the dilemma of unconditional legality and a statesman’s act one may be forced to renounce its full implementation.

dichotomised duality, in the style of all-or-nothing, without taking into account graduality<sup>24</sup> and – of course, ethically also thoroughly balanced – practicality.<sup>25</sup> After all, the idea of the Rule of Law is not an operational concept; it has no commonly accepted notion in law.<sup>26</sup> This is also to say that it belongs to those concepts which are from the beginning *essentially contested*. Such is the typical feature of conceptualisations in which case neither narrowing (or reductive dogmatism) nor widening (or open-ending eclecticism) can afford a solution. Expressive of value-contents and most various considerations by definition, their unending disputation, controversy, polemics and argumentation are – instead of making it sharp and unambiguous – only to select from the variety of its equally defensible understandings, in themselves all conceivable and viable.<sup>27</sup> For what is at stake with the Rule of Law is not an accomplished and positivised system but a *living culture*, built progressively by each and every relevant occasional action. Developing through the unending chain and accumulation of challenges and responses, it draws from the *hic et nunc* historical experience of the given people. Moreover, taking into consideration the most intimate connection and overall embeddedness of its any given stage with/in the cultural patterns prevailing there and

<sup>24</sup> Cf. SAMPFORD 2006 on that retroactivity, to a given measure, is characteristic of practically all well-arranged society, independently whether it is perceived or not.

<sup>25</sup> HAYEK 1944 on page 22 emphasises, for instance, that “retrospective legislation can be beneficial when it corrects some legislative slip or permits the overcoming of some hardship to some persons without injury to the rights of others”. CHATURVEDI 2013, 207–220 adds that it may be legally unproblematic, as well. And what is if it runs counter earlier expectations, perhaps conform to formally legal tenets of the day, especially after the path of transition from dictatorship to the rule of law is covered? Well, MARMOR 2004 on page 20 responds, referring to efforts at coming to terms with the past after a dictatorial regime, that: “If the legal system is profoundly corrupt, citizens are not morally entitled to assume that whatever is legal at the time is something that they are permitted to do.”

<sup>26</sup> “Firm adherents are locked in great disagreement about what the rule of law really is.” This is the statement to introduce by DWORKIN 2012. Cf. as an already classical overview, FALLON 1997, 1–56, followed by e.g. RODRIGUEZ et al. 2010, 1455–1494, concluding on page 1493 that: “It is likely that no single definition of Rule of Law will ever achieve consensus among those who make Rule of Law promotion their central goal. Aggregating all of the existing measures into an ordinal scale or index, which is the most common approach, does little to overcome this definitional divide and only serves to violate every tenet of measurement theory.”

<sup>27</sup> GALLIE 1955–1956, 167–198; cf. also [https://en.wikipedia.org/wiki/Essentially\\_contested\\_concept](https://en.wikipedia.org/wiki/Essentially_contested_concept).

then, it cannot be – roughly speaking – more than a synthetic average of what is ordered from above and what its popular assistance dictates on a changing – perhaps daily – basis.<sup>28</sup>

No need to add that as a cultural aspiration, the ideal of the Rule of Law can spread over peoples with whom there has evolved some demand for a mutual learning process. Thereby, on the one hand, kinds of assimilation can eventuate (in order to form types characteristic of given historical periods) and, on the other hand, common development can ensue (in order to form types characteristic mostly of, e.g. the Common Law or the Civil Law). However, all this does not make it a universal pattern; it remains a living culture of peoples concerned, responding own challenges according to own ways as part of their solely own heritage – independently of the fact of whether or not, in the persistent whirling of imperialisms and globalisms on our globe, there are always power centres endeavouring to impose their routine, as if it were a universal pattern, on others.<sup>29</sup> And now, what is the consequence? Well, that what was in the past the myth of the civilising *white man*, Spanish/British and French/Dutch colonising *European superiority* and *cultural supremacy*, has in the meantime transubstantiated into *American exceptionalism*.<sup>30</sup> Sublating their big power and sole global power ethno-centrism,<sup>31</sup> they excel now unmasking even modest local assertions of any others' national interests as fearful *nationalism*.

By its nature, the Rule of Law withstands encapsulation into dogmas. Its guiding spirit is far from any clear-cut commanding how to proceed in a concrete case or take an individual decision. It is on *weighing and*

---

<sup>28</sup> “The Rule of Law probably cannot exist in a society unless people engage in constant argument what the Rule of Law amounts to” holds WALDRON 2002, 164; therefore, as stated in the classic HAYEK 1960, 206 “many of the applications of the rule of law are also ideals which we can hope to approach very closely but can never fully realise. If the ideal of the rule of law is a firm element of public opinion, legislation and jurisdiction will tend to approach it more and more closely. But if it is represented as an impracticable and even undesirable ideal and people cease to strive for its realisation, it will rapidly disappear. Such a society will quickly relapse into a state of arbitrary tyranny.” That is to say, there is a sensitive balance to be drawn and re-drawn all through.

<sup>29</sup> On ideological overgeneralisation and universalisation of the winner's interests at any time see the classic MARX–ENGELS 1932.

<sup>30</sup> Cf. [https://en.wikipedia.org/wiki/American\\_exceptionalism](https://en.wikipedia.org/wiki/American_exceptionalism) and <http://nationalinterest.org/about-the-national-interest>, respectively.

<sup>31</sup> One of the early realisations was the account drawn in one of the major American targeted interventions in aid policy, cf. GARDNER 1980.

*balancing* in situations where equally legitimate, relevant considerations, values and interests are in conflict and competition to prevail, in situations the optimum fulfilment of which can only be something of a middle course, a compromise solution.

After all, the most acute and vigorous idea of the *rule of law, democracy, human rights* and so on – reminds the Polish Pope of yesterday, as well<sup>32</sup> – embodies an *instrumental value*, nothing more. For law is a category of social mediation, like language is: they are neutral in themselves. What they mediate is taken over from other social complexes.<sup>33</sup> So they are to mediate fundamental values, among others, too, and the ultimate value of the instrumental value of the *rule of law, democracy, human rights*, and so on, is dependent on what *are* those values in the occurrence they actually are or allege to mediate.<sup>34</sup>

I guess an excellent recapitulation has been given by the president of the Supreme Court of Justice (*Curia*) in Hungary, messaging that “values laying the foundations of legal order and substantiating why society is legally organised—like dignity, liberty and the peace of persons and communities—have to be asserted and condensed in the very notion of the rule of law. But the implementation of such values is from the beginning impaired if other rule of law notional components—like legal security—are granted absolute priority. For legal security and rule by law embody values themselves, on the one hand. But values can conflict and therefore need

<sup>32</sup> Cf. VARGA 2003, 71–75, as already clearly formulated by Aristotle saying that there are “things good in themselves” and “things good for the sake of things good in themselves”, which latter can only serve as “instruments to them”; cf. ARISTOTLE 2014, Book I (para 10–15). 8–9.

<sup>33</sup> Cf. VARGA 2012a; VARGA 2013a, 42–54.

<sup>34</sup> VARGA 2010, 263–274.

balancing, on the other. Once instrumental value protecting the law's consistency conflicts a fundamental value, this latter has priority.”<sup>35</sup>

\*

In such a perspective, it is not only the hyperactivity, doctrinarianism and excessive formalism of some *constitutional courts* in the region that are to blame as representing genuine and long-term danger. Albeit their activism's supreme illegality may have questioned why the rule of law is worthwhile at all, and hindered (if not simply blocked) the chance of a true transition,<sup>36</sup> nowadays what is even more troubling is the manipulation of the *European Union*, manoeuvring with unfounded criticism on a daily basis as a quasi-legal intervention, in order to *marshal domestic issues* as well. This is perhaps a post-modern imperialism, springing to the attack with the saint passion of a new ideocrator, incarnate of the final truth.

Ideocracies today act as *judgeocracy*, working with soft – softening and/or softened – law.<sup>37</sup> Due to them, the benefit of the representative power, parliamentary sovereignty and the underlying meaning of democracy can be impoverished and minimised.<sup>38</sup> Once *law in action* is freed from the *law in books* by the judiciary, widening or narrowing of the law's regulation

<sup>35</sup> DARÁK 2014, 591, note 6. It is worthwhile to note that in a scandalous precedent made a quarter of a century ago, the Constitutional Court of Hungary practically declared all past abuses of the past murderous regime unprosecutable any longer, referring to the mere passing of time under statutory limitations, denying the relevancy of the fact that an obstinately criminal state-organised policing network as actor also had excluded, moreover retaliated brutally on incidence, any lawful intent at investigation according to the criminal and criminal procedural codes made by the socialist state to be in force at the time. As declared in both justification and excuse, but setting its future tone, the Constitutional Court opined that: “Legal certainty based on formal and objective principles is more important than necessarily partial and subjective justice.” Constitutional Court of Hungary, Retroactive prosecution of serious criminal offenses, Decision No. 11/1992 (5 March). Available: [http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039c89527bc1258382003c4639/\\$FILE/en\\_0011\\_1992.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039c89527bc1258382003c4639/$FILE/en_0011_1992.pdf).

<sup>36</sup> Cf. VARGA 1995.

<sup>37</sup> All over the world the topic is feverishly cultivated covering both its international and domestic application as can be seen (as reduced to national uses) from, among others, SENDEN 2004; MÖRTH 2004; HAOCAL zhu bian 2010; HAOCAL 2013; WAHLGREN 2013; NAOYA cho 2014; WEEKS 2016; AILINCAI 2017.

<sup>38</sup> HIRSCHL 2004; cf. also TATE–VALLINDER 1995; OLSON 2003; GOLDSTEIN 2004, 611–629; STONE SWEET 2010; as well as RÜTHERS 2014.

turns to be discretionary, menacing by *sabotage judiciaire ou révolte*, as well.<sup>39</sup> As is known, balances and proportions that come to frame and structure institutions and ideologies at any time are accompanyingly confused by new claims, if advanced and pushed under pressure. This is necessary an outcome, because all kinds of inorganic, random and ordained development are to enforce new kinds of *homogenisation* that disfigure the original setting. The assertion of one single consideration, mostly alien to what strictly the matter is about, may distort the whole process.<sup>40</sup> For instance, human rights centred approach as it is pressed by the Western mainstream nowadays can corrupt and spoil any other consideration, reducing the complexity of adjudication to one single point of view, extraneous to the matter.<sup>41</sup> Similarly, introducing judicial control over government actions necessarily leads to ignore what the proper gist may have truly been. For, then, social acceptance, economic gain, political rationality, even national survival itself may get easily confronted with mere legality, which may prove to be irrelevant socially and even politically at the moment.<sup>42</sup> Reductionism equals to simplification, homogenisation and, after all, falsification. Like a whitewash, when a Pentagon four-star general was told by the supreme commander on duty as an excuse: “We don’t know what to do, [...] but we’ve got a good military, and we can take down governments. I guess if the only tool you have is a hammer, every problem has to look like a nail.”<sup>43</sup>

Is this *the* progress indeed we are committed to marching for?

\*

Having a sketchy overview of the historical development of what law in Europe has duly meant, and consisted in, from its earliest appearances to present day variations we are talking about, earliest *dikaion* justice stood for anything of guidance as a springboard in order to depart therefrom for

<sup>39</sup> For a historical case study, cf. HUFTEAU 1965.

<sup>40</sup> HOWARD 2002.

<sup>41</sup> VARGA 2013c, 1–15.

<sup>42</sup> E.g. HARLOW 2003, 79–102. A telling series of instances were used from the World Bank’s ample documentation as examples in VARGA 2006, 21–41; as to the basic change, moreover, a complete switch-off of the coming-to-terms-with-the-past-in-law endeavours in the post-dictatorial areas of the world in MÉNDEZ 1997, 255–282.

<sup>43</sup> CLARK 2017.



arriving at a there-and-then just solution, with *ius* serving as an airy ideal. By positing it and thereby also exhaustively embodying it in forms of *lex*, reduced the ideal to what could be realised therefrom within the realm of the *lex*. At the same time, what was once *regola*, that is, simplified summary characterisation of ongoing decisional practice, became *regula*, that is, normative building block in creating the law. In order to make the law an aggregate of rules unquestionable, law-givers resorted to prohibition of interpretation; all this notwithstanding, however, inventiveness of lawyerly tricks could erode original meanings so much in the meantime that Martin Luther, for instance, could only qualify their players as *Juristen*, *böse Christen*.<sup>44</sup> Not much later, logifying the lawprocessing and developing it via logical means – resulted in both conceptualising it and building it into a coherent system, from which a formal conceptual doctrine, *Rechtsdogmatik*, could ensue, with an added new gist never heard of in either Jewish or Islamic development, or within the range of Common Law. Conceptualisation and subsequent logification could then turn into formal positivism, with a peak of extremity in the exegetic application of nothing but the given provisions of the freshly promulgated French *Code civil*.

Today's ontological knowledge informs us that even if law is a text consisting of signs, their message is only drawn from their meaning, which necessarily leads us to the hermeneutic understanding of the law. On its turn, hermeneutics itself leads to recognise society at large as the exclusive holder and player of law, giving by its *hic et nunc* understanding the actual contents by which it has to exert its influence.

Law is usually seen as a specific text, objectified and externalised in an enacted form. However, with *law in action* distinguished from *law in books*, the overall picture of the legal phenomenon will certainly be unreducible to posited law alone. According to the scheme I do propose, the triple realm of law consists of components enacted and/or enforced and/or socially lived in, and once visualised, all together forming three partially intersecting circles, which concludes in that the question of what law is turns to be a complex issue, depending upon at least four aspects of how to approach it. One, there are components of law figured as slices from the respective circle(s) which do(es) and, respectively, which do(es) not overlap with other(s), consequently any query to “what is the law?” needs to be complemented by its qualifier “in which respect(s)?”, issuing

---

<sup>44</sup> “Lawyers, wicked Christians” cf. HERBERGER 1978, 482–483.

in that all legal phenomena can only be recorded as more or less having, or sharing with, the quality of the *distinctively legal*,<sup>45</sup> as compared to others. Two, the life of law represented by these three circles is in constant motion as an unending process, into which and from which new and new parts are to enter and to secede, ceaselessly. Three, independently of whether or not prevailing ideology and legal machinery force the unitary view of the law as a single entity of what has been enacted in due form and procedure, those three slices of components and the generative factors behind them are in a permanent rivalry among others, simply for availing by pressing their presence or just for mastering the rest. Four, the professional deontology with the adequate law-consciousness involved, characteristic of different legal cultures, is not something added from the outside to law as a mere complementation, but forms the very part of the ontological being of the said law.<sup>46</sup>

Well, today's challenge leads to a path with a broken tradition. The relevancy test of rules by principles, described and prescribed by Dworkin, has already duplicated legal regimes, moreover, in an undue manner: practically, it did so in function of the depth of the lawyerly contribution to the judicial processing of the impending case. Next, centring upon *human rights* approach has led to distorting the very merits of the underlying case through their homogenising reduction. And last but not least, the *rule of law* is to remain a mere catch-word, claiming more and better but not stuffed with rigour enough as being able to serve as an operative yardstick. After all, the organic construction of human societies with integrative forces as key elements cementing it is shadowed by present day hesitations on whether or not, and to what depth, individual rights are to be balanced by the rights of the collectivity, on the one hand, and rights are predisposed by duties in complementarity,<sup>47</sup> on the other, keeping also in mind that the chance of a perspective of practical anarchy of the society's atomisation with ensuing disintegration has also to be considered. Ending the list, soft law with discretionary guidelines as basic constituents of a number of new

<sup>45</sup> SELZNICK 1968, 51.

<sup>46</sup> For these developments see VARGA 2012b.

<sup>47</sup> Since developments by the end of World War Two, the human rights discourse has become a continued evolvement with new items, moreover, families of advanced rights put on the agenda. For "rights always agitate for more rights: they create ever new areas of claim and entitlement that again prove insufficient. We keep demanding and inventing new rights in an endless attempt to fill the lack, but desire is endlessly deferred". DOUZINAS 2007, 49.

civil codes in the world and the law softened by the manner it is used by power centres of many quarters of the world, including the decision-making bodies of the European Union as well, may vary according to the users' hidden or explicit intentions.

In any case, the juristocracy prevailing and the elites globalising, with the army of the internationalised foreign NGOs' partisan interventioning involved, may easily overcome local democracies, so that sooner or later model legal regimes with model constitutions can be seen as entering the scene, for the sake of implementing a new world, in which timely old – genuine – states, constitutions and legal regimes will then be degraded into rather more pseudo than actual entities. As it is known, sharpening sensitivity is almost the entrance-hall to intellectual and moral unifying subjection, which then may lead to the establishment of the old dream of a shared global culture which, on its turn, may become the forum of final definition, effecting, through institutionalised cultural pressure enforced in law as well, a kind of contentual pre-determination.

On final analysis, I guess, the issue is on the dividing query for who is to master; this having remained the same eternal query since centuries and millennia, and indeed, from the earliest times human memory can at all cover or reconstruct intellectually. Then, if it proves to be true, the whole issue will be seen at least partly as a political one, as everything is on the varied sides of being either power-centred or power-dependent, therefore in need of consideration and treatment, as well as answering, from a political science approach.

\*

The more it is characteristic in our epoch to learn from everyone and everything, from the past and present alike and to recognize that continuous learning grows into supra-domestic softening of the law in the manner of an *All the world's a courtroom* type soft unification of world practices in a global corpus of available and stressed-for modes of judicial argumentation,<sup>48</sup> the more it is an abuse on behalf of international agencies to use political slogans as operative terms in law, only for the reason that big and forceful entities' daily routine can be imposed upon the rest as a universal panacea. For any imposition impoverishes the subject, deprives it from

---

<sup>48</sup> ABRAHAMSON-FISCHER 1997, 273–291.

what should have been a potential part of it. Thereby benevolence can easily turn into its opposite. Any external dictate follows a *circus trainer* mentality with in-built interests, while those taking pains for assisting and nothing else are of the type of a *gardener*, ambitioning nothing but his/her plant's well-being.<sup>49</sup>

Law is shaped by human needs and serves human interests. It has to withstand fetishisation and also reification ending in alienation. For law is a human adventure transforming historical experience into ordering and planning tools. But "life is nonstandard", the fact notwithstanding that: "The modern era has been dominated by the culminating belief that the world [...] is a wholly knowable system governed by finite number of universal laws that man can grasp and rationally direct [...] objectively describing, explaining, and controlling everything." This is why "[t]he more systematically and impatiently the world is crammed into rational categories, the more explosions of irrationality there will be to astonish us".<sup>50</sup>

Accordingly, commensurability of the regimes of laws is definitely limited. In order to assess them, experienced wisdom has to accompany knowledge.<sup>51</sup>

## References

- ABRAHAMSON, Shirley S. – FISCHER, Michael J. (1997): All the World's a Courtroom. Judging in the New Millennium. *Hofstra Law Review*, Vol. 26, No. 2. 273–291.
- AILINCAI, Mihaela Anca (2017): *Soft law et droits fondamentaux. Actes du colloque du 4 et 5 février 2016*. Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, N° 33, Paris, Pedone.
- ARISTOTLE (2014): *Nicomachean Ethics*. Revised edition by Robert Crisp. Cambridge Texts in the History of Philosophy, Cambridge, Cambridge University Press.
- BUCKLEY, F. H. ed. (2013a): *The American Illness. Essays on the Rule of Law*. New Haven – London, Yale University Press. DOI: <https://doi.org/10.12987%2Fyale%2F9780300175219.001.0001>

<sup>49</sup> VARGA 2006, 21–41.

<sup>50</sup> Cf. note 2.

<sup>51</sup> VARGA 2005, 14–21.

- BUCKLEY, F. H. (2013b): *The Rule of Law in America*. In BUCKLEY, F. H. ed. (2013): *The American Illness. Essays on the Rule of Law*. New Haven – London, Yale University Press. 3–35. DOI: <https://doi.org/10.12987%2Fyale%2F9780300175219.003.0001>
- CAMPOS, Paul F. (1998): *Jurismania. The Madness of American Law*. New York, Oxford University Press.
- CHATURVEDI, Kameshwar Nath (2013): Legislative Retrospectivity and Rule of Law. *Statute Law Review*, Vol. 34, No. 3. 207–220. DOI: <https://doi.org/10.1093%2Fslr%2Fhmt013>
- CLARK, Wesley (2017): Gen. Wesley Clark Weighs Presidential Bid: “I Think About It Every Day.” (Interview, March 02.) Available: [www.democracynow.org/2007/3/2/gen\\_wesley\\_clark\\_weighs\\_presidential\\_bid](http://www.democracynow.org/2007/3/2/gen_wesley_clark_weighs_presidential_bid) and <http://genius.com/General-wesley-clark-seven-countries-in-five-years-annotated> (Accessed: 18 March 2018.)
- Constitutional Court of Hungary, Decision No. 11/1992 (5 March). Available (in Hungarian): <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/A0D36B21A86C45BEC-1257ADA0052B4F7?OpenDocument> (Accessed: 18 March 2018.)
- DARÁK Péter (2014): Társadalmi problémák – jogi megoldások. [Social Problems – Legal Solutions.] In CSEHI Zoltán – KOLTAY András – LANDI Balázs – POGÁCSÁS Anett eds.: (*Lex cathedra et praxis. Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából*. Budapest, Pázmány Press.
- DOUZINAS, Costas (2007): *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Abindon – New York, Routledge–Cavendish. DOI: <https://doi.org/10.4324%2F9780203945117>
- DWORKIN, Ronald (2012): *The Rule of Law as a Practical Concept*. Keynote Speech. Venice Commission Conference. Available: [www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL%282013%29016-e](http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL%282013%29016-e) (Accessed: 18 March 2018.)
- EKINS, Richard (2011): Rights, Interpretation and the Rule of Law. In EKINS, Richard ed.: *Modern Challenges to the Rule of Law*. Wellington, LexisNexis NY. 165–187.
- ELIOT, George (1860): *The Mill on the Floss*. Available: [www.gutenberg.org/files/6688/6688-h/6688-h.htm#41](http://www.gutenberg.org/files/6688/6688-h/6688-h.htm#41) (Accessed: 18 March 2018.)
- FALLON, Richard H., Jr. (1997): “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse. *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 1. 1–56. DOI: <https://doi.org/10.2307%2F1123446>
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press.

- FRANCK, Thomas M. (1972): The New Development. Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries? *Wisconsin Law Review*, Vol. 12, No. 3. 767–801.
- FUKUYAMA, Francis (1999): *The Great Disruption. Nature and the Reconstitution of the Social Order*. New York, Free Press.
- FUKUYAMA, Francis (2006): *The End of History and the Law Man*. New York, Free Press.
- GALLIE, Walter Bryce (1955–1956): Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 56, No. 1. 167–198.
- GARDNER, James A. (1980): *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, University of Wisconsin Press.
- GLENN, Patrick (2014): *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. 5<sup>th</sup> edition, Oxford, Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093%2Fhe%2F9780199669837.001.0001>
- GOLDSTEIN, Leslie Friedman (2004): From Democracy to Juristocracy? *Law & Society Review*, Vol. 38, No. 3. 611–629. DOI: <https://doi.org/10.1111%2Fj.0023-9216.2004.00059.x>
- HAOCAI zhu bian, Lui (2010): *Ruan fa de li lun yu shi jian*. [The Theory and Practice of Soft Law.] Ruan fa yan jiu xi lie [Soft law series], Beijing Shi, Beijing da xue chu ban she.
- HAOCAI, Luo (2013): *Soft Law Governance. Towards an Integrated Approach*. Translated by Ben Armour and Tang Hailong [from Chinese, 2009]. Buffalo, N.Y., William S. Hein & Co.
- HARLOW, Carol (2003): European Governance and Accountability. In BAMFORTH, Nicholas – LEYLAND, Peter eds.: *Public Law in a Multi-layered Constitution*. Oxford, Hart Publishing. 79–102. DOI: <https://doi.org/10.5040%2F9781472559494.ch-004>
- HAYEK, Friedrich A. (1944): *The Road to Serfdom*. Chicago, University of Chicago Press.
- HAYEK, Friedrich A. (1960): *The Constitution of Liberty*. Chicago, University of Chicago Press.
- HELLAND, Eric – KICK, Jonathan (2013): Regulation and Litigation: Complements or Substitutes? In Buckley, F. H. ed.: *The American Illness. Essays on the Rule of Law*. New Haven – London, Yale University Press. 118–136.
- HERBERGER, Maximilian (1978): Juristen, böse Christen. In ERLER, Adalbert eds.: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*. Berlin, Erich Schmidt Verlag. 482–483.

- HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts – London, Harvard University Press.
- HIRSCHL, Ran (2011): *Constitutional Theocracy*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctvjghxd5>
- HOWARD, Philip K. (1994): *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America*. New York, Random House.
- HOWARD, Philip K. (2002): *The Collapse of the Common Good. How America's Lawsuit Culture Undermines our Freedom*. New York, Ballantine Books.
- HOWARD, Philip K. (2011): Vaclav Havel's Critique of the West. Available: <http://www.theatlantic.com/international/archive/2011/12/vaclav-havels-critique-of-the-west/250277/> (Accessed: 18 March 2018.)
- HOWARD, Philip K. (2014): *The Rule of Nobody. Saving America from Dead Law and Broken Government*. New York, W. W. Norton & Company.
- HUFTEAU, Yves-Louis (1965): *Le référé législatif et le pouvoir du juge dans la silence de la loi*. Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris Série Droit privé 2, Paris, Presses Universitaires de France.
- ISENI, Arburim – SELA, Ylber – BEADINI, Adem (2013): A Comparative Study of Albanian Customary Law with the Code of the West and the Common Law of England. Lex Scripta vs. Lex Non Scripta. *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 18, 50–60. Available: [www.iiste.org/Journals/index.php/JLPG/article/viewFile/8498/8437](http://www.iiste.org/Journals/index.php/JLPG/article/viewFile/8498/8437) (Accessed: 18 March 2018.)
- KENNEDY, Robert F. (1998): *Make Gentle the Life of the World. The Vision of Robert F. Kennedy*. Ed. Maxwell Taylor Kennedy. New York, Harcourt Brace.
- KOCHENOV, Dimitry (2015): EU Law without the Rule of Law. Is the Veneration of Autonomy Worth It? *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1, 74–96. DOI: <https://doi.org/10.1093/yel/yev009>
- MAJITHIA, Vishal (2006): Great Leaders Are Made, not Born. Available: [www.flickr.com/photos/vm1757/280433501](http://www.flickr.com/photos/vm1757/280433501) (Accessed: 18 March 2018.)
- MARMOR, Andrei (2004): The Rule of Law and its Limits. *Law and Philosophy*, Vol. 23, No. 1, 1–43. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.424613>
- MARX, Karl – ENGELS, Friedrich (1932): *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer u. Stirner u. des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten, 1845–1846*. [Volksausgabe der ersten ungekürzten vollständigen Erstausgabe der Marx–Engels–Verlag im Auftrag der Marx–Engels–Lenin–Institut Moskau.] Hrsg. V. Adoratskij. Wien–Berlin, Verlag für Literatur u. Politik.

- MÉNDEZ, Juan E. (1997): Accountability for Past Abuses. *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, No. 2. 255–282. DOI: <https://doi.org/10.1353/hrq.1997.0018>
- MÖRTH, Ulrika ed. (2004): *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*. Cheltenham & Northampton, Edward Elgar.
- NAOYA cho, Endō (2014): *Sofuto rō demokurashī ni yoru hōkaikaku*. [Reform of the Japanese Law via Soft Law Democracy.] Tōkyō, Ātodeizu.
- NYSANBAYEV, Abdumalik (2004): *Kazakhstan. Cultural Inheritance and Social Transformation*. Kazakh Philosophical Studies I – Cultural Heritage and Contemporary Change Series IIIC Central Asia 2, Washington, D.C., Council for Research in Values and Philosophy. Available: [www.crvp.org/book/Series03/IIIC-2/chap-2.html](http://www.crvp.org/book/Series03/IIIC-2/chap-2.html) (Accessed: 18 March 2018.)
- OLSON, Walter K. (2003): *The Rule of Lawyers. How the New Litigation Elite Threatens America's Rule of Law*. New York, St. Martin's Press.
- OLSON, Walter (2011): *Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America*. New York, Encounter Books.
- REID, John Philip (2004): *The Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. De Kalb, Northern Illinois University Press.
- REINSCH, Richard (2013): *America's Rule of Law Sickness*. Available: [www.libertylawsite.org/2013/07/24/americas-rule-of-law-sickness/](http://www.libertylawsite.org/2013/07/24/americas-rule-of-law-sickness/) (Accessed: 18 March 2018.)
- RODRIGUEZ, Daniel B. – MCCUBBINS, Mathew B. – WEINGAST, Barry R. (2010): The Rule of Law Unplugged. *Emory Law Journal*, Vol. 59. 1455–1494. Available: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hu/&httpsredir=1&article=5990&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hu/&httpsredir=1&article=5990&context=faculty_scholarship) (Accessed: 18 March 2018.)
- RÜTHERS, Bernd (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- SAMPFORD, Charles (2006): *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford, Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198252986.001.0001>
- SELZNICK, Philip (1968): The Sociology of Law. In SILLS, David L. ed.: *International Encyclopaedia of the Social Sciences* 9. New York, MacMillan – The Free Press.
- SENDEN, Linda (2004): *Soft Law in European Community Law*. Modern Studies in European Law 1, Oxford–Portland, Oregon, Hart Publishing.
- SHKLAR, Judith (1987): Political Theory and the Rule of Law. In HUTCHINSON, Allan C. – MONAHAN, Patrick eds.: *The Rule of Law. Ideal or Ideology*. Toronto, Carswell.



- SILKENAT, James R. – HICKEY, James E., Jr. – BARENBOIM, Peter D. eds. (2004): *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 38, Heidelberg, Springer.
- STONE SWEET, Alec (2010): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press.
- TATE, C. Neal – VALLINDER, Torbjörn eds. (1995): *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York University Press.
- TRNAVCI, Genc (2010): The Interaction of Customary Law with the Modern Rule of Law in Albania and Kosovo. In SELLERS, Mortimer – TOMASZEWSKI, Tadeusz eds.: *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 3, Dordrecht, Springer Science, Business Media B.V. 201–215. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-90-481-3749-7\\_11](https://doi.org/10.1007/978-90-481-3749-7_11)
- VARGA, Csaba (1995): *Transition to Rule of Law. On the Democratic Transformation in Hungary*. Philosophiae Iuris, Budapest, ELTE “Comparative Legal Cultures” Project. Available: <http://mek.oszk.hu/14700/14760/> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2003): Buts et moyens en droit. In LOIODICE, Aldo – VARI, Massimo eds.: *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. (Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato.)* Roma, Bardi Editore – Libreria Editrice Vaticana. 71–75.
- VARGA Csaba (2005): Visszavont emberi teljesség? Eszmeuralom és tetszőlegesség. [The Fullness of Being Withdrawn? Ideocracy and Randomness.] *PoLiSz*, No. 82. 14–21.
- VARGA, Csaba (2006): Transfers of Law. A Conceptual Analysis. In SADAKATA, Mamoru ed.: *Hungary's Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization*. Nagoya, Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange. 21–41. Available: <http://mek.oszk.hu/17500/17543> (Accessed: 18 March 2018.) [Reproduced: (2010–2011): Rule of Law through Legal Transfer. Historical Patterns and Contemporary Dilemmas. *East European & Russian Yearbook of International and Comparative Law*, Vol. 4–5. 45–61.]
- VARGA, Csaba (2008): Failed Crusade. American Self-confidence, Russian Catastrophe. In VARGA, Csaba: *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe*. PoLiSz Series Books 7, Pomáz, Kráter. 199–219. Available: <http://mek.oszk.hu/14800/14851> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2010): Goals and Means in Law. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 51, No. 1–2. 263–274. Available: [www.thomson.com](http://www.thomson.com)

- [asinternational.org/projects/step/conferences/20050712budapest/vargal.htm](http://asinternational.org/projects/step/conferences/20050712budapest/vargal.htm)  
(Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2012a): *The Place of Law in Lukács' World Concept*. [1981–1985.] 3<sup>rd</sup> reprint edition with Postface. Budapest, Szent István Társulat. Available: <http://mek.oszk.hu/14200/14249/> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2012b): *The Paradigms of Legal Thinking*. [1996–1999.] Enlarged 2<sup>nd</sup> edition, Philosophiae Iuris, Budapest, Szent István Társulat. Available: <http://mek.oszk.hu/14600/14657/> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2012c): *Comparative Legal Cultures. On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism*. Philosophiae Iuris, Budapest, Szent István Társulat. Available: <http://mek.oszk.hu/15300/15386> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2012d): *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*. Philosophiae Iuris, Budapest, Szent István Társulat. Available: <http://mek.oszk.hu/15400/15409> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2012e): Humanity Elevating Themselves? Dilemmas of Rationalism in our Age. In VARGA, Csaba: *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*. Philosophiae Iuris, Budapest, Szent István Társulat. 131–164. Available: <http://mek.oszk.hu/15400/15409> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2012f): Law, Ethics, Economy: Independent Paths or Shared Ways? In VARGA, Csaba: *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*. Philosophiae Iuris, Budapest, Szent István Társulat. 202–215. Available: <http://mek.oszk.hu/15400/15409> (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2013a): The Contemporaneity of Lukács' Ideas with Modern Social Theoretical Thought. *The Ontology of Social Being* in Social Science Reconstruction with Regards to Constructs like Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 99, No. 1. 42–54. [Reprinted (2015): From the Ontology of Social Being to the Law's Ontology. *Journal of the Siberian Federal University Humanities and Social Sciences*, Vol. 8, No. 10. 2002–2017.] Available: [http://elibr.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01\\_Varga.pdf](http://elibr.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf) (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA, Csaba (2013b): Legal Mentality as a Component of Law. Rationality Driven into Anarchy in America. *Curentul Juridic*, Vol. 16, No. 1. [No. 52.] 63–77. Available: [http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments\\_201301/recjurid131\\_7F.pdf](http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201301/recjurid131_7F.pdf) (Accessed: 18 March 2018.)

- VARGA Csaba (2013c): Az emberi jogok problematikája. [Problematics of Human Rights.] *Társadalomkutatás*, Vol. 32, No. 2. 1–15.
- VARGA Csaba (2015): Ősnépeink jogszemlélete. [The Legal Mentality of our Ancient Ancestors.] *Hitel*, Vol. 28, No. 11. 83–96. Available: [www.hitelfolyoirat.hu/sites/default/files/pdf/17-varga.pdf](http://www.hitelfolyoirat.hu/sites/default/files/pdf/17-varga.pdf) (Accessed: 18 March 2018.)
- VARGA Zs. András (2015): *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. [From Ideal to Idol? The Theory of the Rule of Law.] Budapest, Századvég.
- WAHLGREN, Peter ed. (2013): Soft Law. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 58. Stockholm, Stockholm Institute for Scandinavian Law.
- WALDRON, Jeremy (2002): Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)? *Law and Philosophy*, Vol. 21, No. 2. 137–164. DOI: <https://doi.org/10.4324%2F9781315085302-5>
- WALLERSTEIN, Immanuel (2006): *European Universalism. The Rhetoric of Power*. New York, New Press.
- WEEKS, Greg (2016): *Soft Law and Public Authorities. Remedies and Reform*. Hart Studies in Comparative Public Law 11, Oxford – Portland, Oregon, Hart Publishing.

*Tamara Ehs*

## **Grenzgericht der Polity<sup>1</sup>**

### **Verfassungsgerichte zwischen Parlament und Regierung am Beispiel des österreichischen VfGH**

#### **Einleitung**

Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit werden üblicherweise als Teile des Rechtssystems betrachtet. Der vermeintliche Dualismus von Recht und Politik und das ihm zugrunde liegende Trennungsd Denken (auch in Wissenschaftsdisziplinen) hat den Blick dafür getrübt, dass auch und gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit als Teilverfahren des politischen Prozesses eine politische Funktion beinhaltet, wie jede Interpretation von Recht politische Aspekte in sich trägt.<sup>2</sup> Insbesondere die Verfassung und ebenso die Verfassungsgerichtsbarkeit stellen einen Koppelungspunkt zwischen Politik und Recht dar, weshalb deren Verhältnis zueinander als Machtfrage im demokratischen Staat auch Gegenstand der politologischen Forschung sein muss. Das systemtheoretische Konzept der „strukturellen Koppelung“ geht auf Niklas Luhmann zurück, der die Verfassung als operativen Schluss zwischen politischem und Rechtssystem erkannte.<sup>3</sup> Tobias D. Meyer weist dabei auf die Selbstbindung über die Verfassung hin: „Das politische System bindet sich mit Hilfe des Rechtssystems in seinem Versuch, das Rechtssystem zu beeinflussen. Der Kreis schließt

---

<sup>1</sup> Der Beitrag beinhaltet Forschungsergebnisse des vom ÖNB-Jubiläumsfonds geförderten Projekts *Das politische Gericht* (P 17696).

<sup>2</sup> Vgl. HÄBERLE 1976, 4.

<sup>3</sup> Vgl. LUHMANN 2002; LUHMANN 1993; LUHMANN 1990.

sich – und gleichzeitig öffnet er sich wieder.“<sup>4</sup> Denn eine Verfassung ist in Inhalt und Form das Produkt eines politischen Prozesses, spiegelt somit die Machtverhältnisse der Gesellschaft wider und ist die „juristische Taufe der Herrschaft“ (Robert Piloty), indem sie deren Ausübung in eine rechtliche Ordnung zwingt, das heißt, der Macht Willkür und Beliebigkeit nimmt und ihr stattdessen Berechenbarkeit und Stabilität gibt. An die Verzahnung von Recht und Politik durch die „hybride Institution der Verfassung“<sup>5</sup> erinnert das bekannte Zitat von Ferdinand Lassalle: „Verfassungsfragen sind ursprünglich nicht Rechtsfragen sondern Machtfragen.“<sup>6</sup> Unter dem Aspekt der Macht als zentrale Kategorie eröffnet sich für die wissenschaftliche Erforschung der Verfassung politologisches Terrain.

Macht ist ein Fundamentalbegriff in der Gesellschaft und somit in den Gesellschaftswissenschaften. Macht bedeutet Einfluss und gemäß Max Weber die Chance, „innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“<sup>7</sup> Hinzu kommt laut Luhmann als Machtinstrument des Rechts die Möglichkeit, negative Sanktionen in Aussicht zu stellen.<sup>8</sup> Versteht man demnach Macht so wie Weber oder Luhmann funktional als die Fähigkeit, das Leben anderer Menschen zu beeinflussen, gar zu gestalten, dann sind Verfassungsgerichtshöfe sehr wohl mächtige Institutionen, die es zu erforschen gilt.

Es ist die genuine Aufgabe der Politikwissenschaft, die Verwobenheit der Verfassungsgerichtsbarkeit in das politische System sichtbar zu machen. Denn die Rechtswissenschaft kann den Höchstgerichten zwar vorwerfen, Politik zu machen, diese These allerdings nur mit ihren Methoden untersuchen. Beispielhaft ist eine Passage aus dem Lehrbuch von Robert Walter und Heinz Mayer, die im Jahr 1992 folgendermaßen auf die neue Grundrechtsjudikatur replizierten, die seit den 1980ern am österreichischen Verfassungsgerichtshof (VfGH) Einzug gehalten hatte: „Die Interpretationspraxis ist von einer deutlichen Willkür in der Auswahl der Auslegungsmethoden beherrscht. In den letzten Jahren hat der VfGH – ohne dabei allerdings konsequent zu sein – seine bisherige vorwiegend objektive

---

<sup>4</sup> MEYER 2011, 122.

<sup>5</sup> SCHUPPERT 2004, 545.

<sup>6</sup> LASSALLE 1919, 60.

<sup>7</sup> WEBER 1922, § 16.

<sup>8</sup> Vgl. LUHMANN 2002, 38 ff. Siehe hierzu auch WILLKE 2001, 154 ff.

Interpretationspraxis aufgegeben. [...] Die Jud(ikatur) lässt deutlich erkennen, dass sich der VfGH keiner bestimmten rechtswissenschaftlichen Interpretationsmethode verpflichtet erachtet; in Fällen, deren Bedeutung als ‚wichtig‘ angesehen werden kann, scheinen seine Erk(enntnisse) meist nicht das Ergebnis einer bestimmten Rechtsauslegung, sondern einer rechtspolitischen Entscheidung zu sein. Die Begründungen dieser Erk(enntnisse) sind dem vom Gerichtshof gewünschten Ergebnis mehr oder weniger glücklich angepaßt und lassen ein ‚Verfassungsverständnis‘ des VfGH nicht erkennen.“<sup>9</sup> Für Rechtswissenschaftler, noch dazu Anhänger der Reinen Rechtslehre, muss die Untersuchung redlicherweise hier enden.<sup>10</sup> Die Analyse der Politik des VfGH ist Metier der Politikwissenschaft.

Jene „Politik des VfGH“ wurde insbesondere von Manfred Welan wortreich umschrieben, etwa als „Nebenregierung“, als „Gerichtshof mit politischer Aufgabenstellung“, als „Regierungsorgan besonderer Art“, als „Oberhaus des österreichischen Regierungssystems“ oder als „politische Autorität“, an der sich die anderen politischen Kräfte laufend orientieren.<sup>11</sup> Von René Marcic stammen die Bezeichnungen „zweiter Gesetzgeber“, „Schattenkabinett“ und „Areopag“.<sup>12</sup> Diese politischen Momenta des VfGH lassen sich entlang der drei Dimensionen des Politikbegriffs untersuchen: Der Ausgangspunkt der Analyse ist, dass sich VfGH-Erkenntnisse auf die *politeia* beziehen; sie haben breite Entscheidungswirkung, gehen also in starkem Maße über die Einzelfallentscheidung hinaus, sodass manche Wissenschaftler schon früh von der Verfassungsgerichtsbarkeit als „vierter Gewalt“ sprachen.<sup>13</sup> Zudem verfolgen Verfassungsrichter mit ihren Entscheidungen im Rahmen der ihnen zustehenden Interpretationsspielräume *policies*. Diese orientieren sich zwar an Normen und rechtlichen Diskursen, haben aber eine wertorientierte und politische Zielrichtung, wodurch sie politische Inhalte definieren, befördern oder begrenzen.<sup>14</sup> Darüber hinaus greifen sie dadurch in politische Prozesse (*politics*) ein, weil sie legislative Aufgaben abweisen oder annehmen. Sie sind als Mitinterpreten der Verfassung zu deren Konkretisierung aufgerufen und schöpfen dadurch aus der

<sup>9</sup> WALTER-MAYER 1992, 56.

<sup>10</sup> Zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Politikwissenschaft siehe EHS 2011 sowie Dies. 2009.

<sup>11</sup> WELAN 1982.

<sup>12</sup> MARCIC 1963.

<sup>13</sup> Etwa AZZARITI 1959, 15 ff.

<sup>14</sup> Vgl. WRASE-BOULANGER 2013, 12 f.

Verfassung politische Inhalte. Peter Häberle nennt diese Funktion „Politik durch Verfassungsinterpretation der Verfassungsgerichtsbarkeit“.<sup>15</sup> Letztlich verorten sich Verfassungsgerichte als Akteure im politischen System (*polity*) gegenüber Parlament und Regierung, etwa wenn sie ihre Prüfungsmaßstäbe einschränken (*judicial self-restraint*), erweitern (*judicial activism*) oder gar ihre Rolle neu definieren. Mit jener Verortung in der *Polity* beschäftigt sich der nachfolgende Text am Beispiel des österreichischen Verfassungsgerichtshofs.

## Analysedimensionen

Das Erkenntnisinteresse der Politikwissenschaft an Verfassungsgerichten ist weniger, ob sie auch Politik betreiben, sondern vielmehr, wie sie im funktionellen Zusammenspiel der Staatsfunktionen politisch agieren. Ihnen kommt sowohl in der Verfassungsinterpretation als auch beim Schutz der Verfassung eine gewisse Führungsstellung, doch keineswegs das Monopol zu. Vielmehr teilen sie diese Staatsfunktionen mit den anderen Gewalten, am österreichischen Beispiel: mit Parlament, Regierung (hier vor allem mit dem Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt)<sup>16</sup>, Bundespräsident, mit den Verfassungsdiensten in den Ländern, den Rechtspflegern etc., mitunter sogar mit jedem Normunterworfenen.

Die Rollen, die ein Verfassungsgericht einnimmt oder einnehmen kann, hat bereits in den 1960er Jahren René Marcic umschrieben. Er nannte sie „Integrationsfaktor“, „Klammerfunktion“ und „Ausgleichsgetriebe“ und unterteilte sie in elf Dimensionen<sup>17</sup>: Erstens wären Verfassungsgerichte „Umspannwerke“ zwischen Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit und würden zweitens die Vermittlung zwischen unwandelbarem Kern der Verfassung und deren Wandelbarkeit bewirken, drittens integrierten sie Minorität und Majorität, viertens wären sie Klammer zwischen Volk und

---

<sup>15</sup> HÄBERLE 1975, 299.

<sup>16</sup> Der Verfassungsdienst veröffentlicht regelmäßig Rundschreiben zur VfGH-Judikatur. Diese Rundschreiben enthalten jeweils Zusammenfassungen beziehungsweise gegebenenfalls auch Analysen wichtiger Erkenntnisse des VfGH; sie stellen insbesondere auch die Auswirkungen solcher Erkenntnisse auf die geltende Rechtslage (auch für verwandte Rechtsbereiche) dar und skizzieren einen allenfalls bestehenden Novellierungsbedarf ([www.austria.gv.at/site/4436/default.aspx](http://www.austria.gv.at/site/4436/default.aspx)).

<sup>17</sup> Vgl. MARCIC 1963.

Volksvertretern, fünftens die Klammer zwischen Bund und Ländern<sup>18</sup>, sechstens glichen sie Streitigkeiten zwischen den obersten Verfassungsorganen in Verfassungsfragen und siebtens zwischen Bund und Ländern in Kompetenzfragen aus; achtens dienten sie zwischen Parteien als Differential oder Filter, neuntens vermittelten sie zwischen Bürger und Staat, indem sie die Grundrechte wahren, zehntens zwischen der „Natur des Menschen“ und der Rechtsordnung, elftens zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Normsetzung, indem sie den Einzelnen als Rechtssubjekt beteiligen.

Bei der Untersuchung von Verfassungsgerichten als verfassungspolitischen Akteuren ist weiters zwischen den politischen und den parteipolitischen Aspekten zu unterscheiden. Politisch, das heißt in der Definition Hans Kelsens: „von den persönlichen Wertentscheidungen abhängig“<sup>19</sup>, ist die Rechtsprechung des VfGH schon aufgrund ihrer Verortung im staatlichen Institutionengefüge und der autonomen Determinante jeder Rechtsprechung, dem „Belieben gestaltender Anwendung“<sup>20</sup>; denn wie alle staatlichen Institutionen ist auch der VfGH eine politische Einrichtung, die sich nur im Rahmen der Arbeitsteilung von den anderen unterscheidet. Aber es gibt keine wissenschaftlich belegbaren Anzeichen, dass die Judikatur parteipolitisch ist. Denn eine parteipolitische, das heißt machtpolitische Wirkung, die für eine bestimmte politische Partei generiert wird, kann allein schon aufgrund der meist unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindenden Beratungen und Verhandlungen und der jedenfalls nicht-öffentlichen Beschlussfassung überhaupt nicht erzielt werden. Solange die VfGH-Richter als Kollegialorgan entscheiden, Interviews verweigern und weder das Abstimmungsverhältnis bekanntgeben noch gar eine *dissenting opinion* veröffentlichen, bleiben Meinungsverschiedenheiten – seien es nun technische Rechtsfragen oder inhaltliche Werthaltungen – im Verborgenen. Erst eine namentlich geführte Liste der Für- und Gegenstimmen oder publizierte abweichende Meinungen könnten den Richtern, die jeweils von einer Partei nominiert wurden, als parteipolitische Positionen zugeordnet werden. Selbst diese Zuordnung müsste jedoch Spekulation oder Unterstellung bleiben, solange ein VfGH-Richter nicht im parteipolitischen Sinne

---

<sup>18</sup> In diesem Sinne ganz gemäß Kelsens Drei-Kreise-Lehre, wonach der VfGH dem übergeordneten Rechtskreis, dem Gesamtstaat, zugehörig sei und durch ihn erst die politische Idee des Bundesstaates rechtlich vollendet würde (vgl. KELSEN 1925/1993, 198–200).

<sup>19</sup> KELSEN 1934, 16.

<sup>20</sup> LEISNER 1969, 297.



explizit Stellung bezöge. Um derlei machtpolitische Wirkungen für die eine oder andere Partei möglichst gering zu halten, dürfen gemäß Art. 147 Abs. 4 B-VG Personen, die Angestellte oder sonstige Funktionäre einer politischen Partei sind, nicht Mitglied des Verfassungsgerichtshofs sein.

Eine umso größere parteipolitische Dimension umfasst die Art und Weise der Richterbestellung, die sich hinsichtlich des VfGH erheblich von normalen Gerichten unterscheidet. Während etwa Bezirksrichter lange Ausbildungszeiten durchlaufen, Prüfungen und psychologische Eignungsuntersuchungen ablegen müssen, während der Weg zum Richteramt also weitestgehend objektiviert ist, unterlag die Nominierung von VfGH-Richtern lange Zeit den Geheimabsprachen zwischen SPÖ und ÖVP, die einander ihren jeweiligen Anteil der VfGH-Stellen überließen, sich dem Vorschlag des anderen ohne Debatte anschlossen und die Oppositionspartei(en) nicht beteiligten.<sup>21</sup> Heute ist sie zwar etwas öffentlicher, aber noch lange nicht objektiviert. Gab es in der Ersten Republik einen schriftlich festgehaltenen Verteilungsschlüssel der proporzmäßigen Bestellung durch alle im Nationalrat vertretenen Parteien, so folgte man im Zweiparteiensystem der Zweiten Republik lange einer Konventionalregel, die der ÖVP Anfang der 1970er Jahre einen 8:6-Stellenvorsprung sicherstellte. Erst die SPÖ-Alleinregierung brach mit dieser ungeschriebenen Regel und besetzte 1973 mit ihrer Mandatsmehrheit eine VfGH-Stelle, die eigentlich der ÖVP zugestanden hätte. Auf den Eklat folgte jedoch das Geheimabkommen, das das Verhältnis auf 7:7 festlegte, womit zwischen den Großparteien Parität hergestellt war. Dieses Abkommen galt bis zum Ende der großen Koalition 1999/2000. Mit dem Eintritt der FPÖ in die Regierung änderte sich auch der parteipolitische Bestellmodus der VfGH-Richter und im Jahr 2003 kam Herbert Haller als erster Richter auf Vorschlag der FPÖ in den Verfassungsgerichtshof.

---

<sup>21</sup> Bezeichnend hierfür sind die wiederholten parlamentarischen Anfragen von FPÖ-Abgeordneten betreffend die objektive Richterbestellung beim Verfassungsgerichtshof, siehe z. B. 17/ABPR XX. GP (Anfragebeantwortung) und 38/ABPR XX. GP (Anfragebeantwortung). Bei letztgenannter wollte die FPÖ u. a. Näheres über die koalitionsäre Absprache hinsichtlich der Nachbesetzung einer VfGH-Richterstelle in Erfahrung bringen, worauf der Präsident des Nationalrates, SPÖ-Abgeordneter Heinz Fischer, am 7. Oktober 1998 antwortete: „Vereinbarungen zwischen den Koalitionsparteien wären – falls es sie geben sollte – kein Gegenstand des Interpellationsrechtes an den Präsidenten des Nationalrates. [...] Daher kann ich solche Vereinbarungen oder Absprachen weder dementieren noch bestätigen.“

Die parteipolitische Dimension des VfGH ist deshalb stets eher in Bezug auf die Regierung als in Bezug auf das Parlament zu untersuchen. Denn die praktizierte Organidentität zwischen Nationalratsmehrheit und Regierung führte im österreichischen Gesamtkonzept der Aufteilung sämtlicher staatlicher Einrichtungen zwischen den beiden (ehemaligen) Großparteien dazu, dass Klein- oder Oppositionsparteien keine Aussicht haben, an der Bestellung von VfGH-Richtern mitzuwirken, solange sie nicht an der Regierung beteiligt sind. Um auf dieses demokratiepolitische Manko der schwachen Stellung des Parlaments aufmerksam zu machen und überhaupt die VfGH-Richterbestellung von der Geheimabsprache ins Licht der Öffentlichkeit zu führen, hielten die Grünen schon Anfang der 1990er Jahre auf freiwilliger Basis Anhörungen für VfGH-Kandidaten ab. National- und Bundesrat führten schließlich Ende der 1990er Jahre Hearings für die von ihnen zu nominierenden Kandidaten ein; die Kandidaten der Bundesregierung müssen sich – trotz einiger Bemühungen seitens ÖVP und FPÖ Anfang der 2000er Jahre, dies zu ändern – bis heute keiner Anhörung stellen. Doch selbst Bewerbungsverfahren und öffentliche Anhörungen können wenig daran ändern, dass noch immer die (Regierungs-) Parteien die eigentlichen Kurationsorgane neuer VfGH-Richter sind. Wie in vielen anderen Politikfeldern gilt auch hier: Der Versuch, Parteipolitik aus einem Bereich zu verdrängen, führt dazu, dass eben jene verdrängte Parteipolitik andernorts umso vehementer durchbricht. Richard Thoma stellte schon 1928 bei der Wiener Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer die Frage: „Entsteht da nicht die Gefahr, daß anstatt, daß durch den Staatsgerichtshof die Verfassungsstreitigkeiten entpolitisiert werden, im Laufe der Jahrzehnte die Ernennung der Richter politisiert wird?“<sup>22</sup> War die VfGH-Richterbestellung in der Ersten Republik bis zur B-VG-Novelle 1929 im Nationalrat parteipolitisch exponiert und die Stellen klar mit „Vertrauensmännern“ besetzt, so rückte der parteipolitische Vorgang in der Zweiten Republik in den vorparlamentarischen Bereich, in die Parteizentralen. Der koalitionsäre (und letztlich wohl soziale) Friede, der mit diesem Konfliktregelungsmuster erreicht wurde, hatte allerdings seinen demokratischen Preis. Machtfragen wurden nicht mehr öffentlich im Parlament verhandelt, sondern unter Ausschluss der Öffentlichkeit in den Parteien und ihren sozialpartnerschaftlichen Einrichtungen.

---

<sup>22</sup> THOMA 1929, 109.

Die „Politik des VfGH“ ist daher eingebettet in das spezifisch österreichische politische System der Zweiten Republik und ihrer seit einigen Jahren zu beobachtenden einschneidenden Veränderungen zu untersuchen. Am VfGH lassen sich mit einem gewissen zeitlichen Abstand all jene Wandlungen ablesen und Schritt für Schritt wissenschaftlich nachvollziehen. Der VfGH ist strukturbedingt kein „schnelles Medium“, das jede auch nur flüchtige Neuerung gleich abbilden würde; er reagiert nicht rasch auf Veränderungen, sondern stets nur verzögert. Doch gerade deshalb zeigen sich an ihm auch nur die nachhaltigen Einschnitte, die das politische System erfährt.

## Der VfGH im Institutionengefüge

Kelsen äußerte sich 1920 in der ersten Auflage von „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus demokratietheoretischen Gründen zur Gewaltentrennung grundsätzlich ablehnend: „Nur theoretische Kurzsichtigkeit oder politische Absicht konnte das Prinzip der Trennung der Gewalten als ein demokratisches ausgeben“. In Wirklichkeit handle es sich um ein „die völlige Demokratisierung des Staates hemmende[s] Prinzip“<sup>23</sup>. Insbesondere sprach er sich dagegen aus, die drei Gewalten als wesensverschiedene Institutionen anzusehen, und befand die Unterscheidung zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung ohnedies für „mehr als fragwürdig“. Im Laufe seiner richterlichen Tätigkeit verdeutlichte sich seine theoretische Annahme, dass sich die Frage, wem im demokratischen Rechtsstaat das letzte Wort hinsichtlich der Verfassungsinterpretation zukäme, dem Bundes(verfassungs)gesetzgeber oder dem Verfassungsgericht, nicht stellte. Denn Kelsen beging nicht jene „theoretische Kurzsichtigkeit oder politische Absicht“, die Verfassungsgerichtsbarkeit auf den Bereich des Rechts zu beschränken und vom Politischen abzugrenzen, sondern integrierte politisch-institutionelle Erwägungen in seine rechtswissenschaftlichen Konzepte. Aus dieser Sicht ist es schließlich auch „völlig belanglos“, ob der VfGH „echte ‚Justiz‘ sei“<sup>24</sup>. Denn „(z)wischen dem politischen Charakter der Gesetzgebung und dem der Justiz besteht nur eine quantitative, keine qualitative Differenz.“<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Kelsen 1920, 19 f.

<sup>24</sup> Kelsen 1930–31, 583.

<sup>25</sup> Kelsen 1930–31, 586.

Der VfGH ist wie jede staatliche Einrichtung eine politische Einrichtung, deren Tätigkeit sich nur im Rahmen der Arbeitsteilung von den anderen unterscheidet. Sie alle sind Teile der gesamten *res publica*. Konflikte der Gewaltentrennung qualifizierte Kelsen deshalb als Scheinproblem. Denn für ihn sind die drei Gewalten gemäß der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung lediglich verschiedene Stadien der Rechtskonkretisierung. Kelsens Auffassung, auch die Gesetzgebung sei eine Art Vollziehung, nämlich Vollziehung der Verfassung, ist die demokratietheoretische Grundlage der Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>26</sup>

In diesem Sinne ist die Verfassungsgerichtsbarkeit eine „Stütze des demokratisch-republikanischen Systems“<sup>27</sup>, aus dem Blickwinkel der österreichischen Geschichte ebenso sehr eine Pufferzone zwischen den beiden Großparteien. Der VfGH war – soziologisch, aus Sicht der parteipolitisch verfeindeten Lager – einst als kollegial organisierter Ersatzkaiser gedacht, als entpersonalisierter und demokratisierter *rex*.<sup>28</sup> Im heutigen Institutionengefüge ist der VfGH daher sowohl in seiner Beziehung zum Parlament als auch in seiner Beziehung zur Regierung mit rechtshistorischem Bewusstsein stets vom spezifisch österreichischen Parteiensystem her zu verstehen und zu deuten. Er kann als „Grenzgericht“ bezeichnet werden, weil er die Grenzen zwischen den Kompetenzen im Bundesstaat aufzeigt oder weil er das Ende des Rechtsweges ist und weil er auf die Grenzen der politischen Herrschaftsausübung hinweist. Er kann aber genauso gut als „Horizontgericht“ begriffen werden, weil das griechische Wort ebenso Öffnung wie zugleich Grenze, welche die Öffnung beschränkt, bedeutet – und damit auf die politischen Möglichkeitsräume verwiesen wird. „Dem einen oder dem anderen Raum gehört es nur in dem Maße an, in dem es die Grenzen des betreffenden Raums zum anderen hin öffnet“, meint Jacques Derrida.<sup>29</sup>

Andrej Lang, der wie Kelsen die Metapher vom „letzten Wort“ zurückweist, charakterisiert die Stellung und Funktionsweise von Verfassungsgerichten im politischen Prozess als Wegweiser: „Der Wegweiser gibt das Ziel des Wanderers nicht vor; er kommt erst zum Einsatz, wenn die Entscheidung über das Ziel bereits getroffen worden ist. Zwar weist er einen

<sup>26</sup> Vgl. OLECHOWSKI 2009.

<sup>27</sup> WELAN 1982, 283.

<sup>28</sup> Vgl. DE JOUVENEL 1955.

<sup>29</sup> DERRIDA 2013, 58.

Weg zum Ziel, er beschreitet ihn aber nicht selbst und kann nicht kontrollieren, ob der Weg tatsächlich beschritten wird. Ein Wegweiser legt auch nicht fest, auf welcher Straßenseite oder ob man überhaupt ‚der Straße nach oder dem Feldweg oder querfeldein‘ gehen soll. Er gibt nur eine Richtung vor, zwingt aber selbst nicht dazu, dieser Richtung zu folgen. Trotzdem erzielt er eine enorme Suggestivkraft – den Vorgaben des Wegweisers folgt man, auch wenn man andere Wege gehen könnte.“<sup>30</sup> Verfassungsgerichte funktionieren demnach wie Navigationsgeräte: Man kann, um ans Ziel zu kommen, auch einen anderen Weg einschlagen. Aber Verfassungsgerichte sind institutionalisierte Disziplin; sie weisen den Weg – und dabei auch zurecht. Laut Christoph Konrath „treten Verfassungsgerichte als unabhängige Akteure in bewusster Distanz zu politischen Entscheidungsgremien auf. Sie weisen ‚die Politik‘ scheinbar oder auch ganz im wörtlichen Sinn zurecht. Sie trauen sich offensichtlich, Politik an bestimmten Maßstäben zu messen und auch politisch Unangenehmes anzusprechen.“<sup>31</sup> An der Grenze steht also ein Wegweiser, der als Zurechtweiser fungiert. Diese Metaphern werden durch die Erkenntnisse der Politikwissenschaft gestützt, die in Verfassungsgerichten keine *veto player* im strikten Sinne nach George Tsebelis<sup>32</sup>, sondern eher „konditionale Vetospieler“<sup>33</sup> sieht, die zur Machtausübung erst angerufen werden (müssen). Verfassungsgerichte werden wie Wegweiser nur dann benötigt und deren Hilfe nur dann gesucht, wenn wir mit unserem Wissen an eine Grenze gestoßen sind und die richtige Richtung nicht kennen. Es bleibt aber uns überlassen, ob wir dem Wegweiser folgen, ob wir uns zurechtweisen lassen oder wissentlich einen anderen Weg einschlagen.

Auch der VfGH selbst stellt in seinen Erkenntnissen immer wieder klar, dass das Primat der politischen Entscheidung dem parlamentarischen Gesetzgeber zukommt, dass der Weg, den die Legislative einschlägt, weder zweckmäßig noch optimal noch gerecht, sondern lediglich verfassungskonform sein muss. Der Gesetzgeber kann den Wegweiser des VfGH vollkommen ignorieren, solange er nur nicht den Pfad der baugesetzlichen Verfassungskonformität verlässt: „Dem (einfachen) Gesetzgeber ist es aber von Verfassungen wegen [...] nicht verwehrt, seine politischen

---

<sup>30</sup> LANG 2014, 33. Die Metapher des Wegweisers verwendete bereits WELAN 1982, 275.

<sup>31</sup> KONRATH 2013, 184.

<sup>32</sup> TSEBELIS 2002.

<sup>33</sup> KNEIP 2009, 21.

Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen. Ob eine Regelung zweckmäßig ist oder gar, ob mit ihr der optimale Weg zur Zielerreichung beschritten wird, sind Fragen, die nicht vom Verfassungsgerichtshof [...] zu beurteilen sind“ (VfSlg 11.369/1987), oder hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes: „Der in Art. 7 B-VG normierte Gleichheitsgrundsatz richtet sich zwar auch an den Gesetzgeber und setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen. Er verwehrt dem einfachen Gesetzgeber von Verfassungen wegen aber nicht, seine (rechts-)politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignete Art zu verfolgen. Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber frei zu entscheiden, welche Mittel er – unter Berücksichtigung allfälliger erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen – jeweils als zur Zielerreichung geeignet erachtet“ (VfSlg 16.582/2002), schließlich mit direktem Bezug auf die Grenzen der eigenen Rechtschöpfung: „Es ist dem Verfassungsgerichtshof verwehrt, der Norm durch Aufhebung bloßer Teile einen völlig veränderten, dem Gesetzgeber überhaupt nicht mehr zusinnbaren Inhalt zu geben, weil dies im Ergebnis geradezu ein Akt positiver Gesetzgebung wäre“ (VfSlg 15.031/1997).

Der VfGH ist also ein Grenzgericht, weil er das Ende des Rechtsweges markiert; doch der rechtspolitische Weg führt weiter und mitunter woanders hin. Da der Rechtsstaat sich im Rechtswegestaat verkörpert, markieren Grenzgerichte die Grenzen des Rechtsstaates<sup>34</sup> – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Es ist, wie die Praxis zeigt, einer Zweidrittelmehrheit im Nationalrat jederzeit möglich, ein vom VfGH als verfassungswidrig erkanntes Gesetz gleichlautend nochmals zu beschließen, es damit in Verfassungsrang zu heben und mit Verfassungskonformität auszustatten. Der VfGH hat zwar das letzte Rechtswort, die Politik spricht aber (durch neue Gesetze) weiter.

## Die Rolle des VfGH gegenüber dem Parlament

Der ehemalige Verfassungsrichter Kurt Heller qualifiziert den VfGH als „Hilfsorgan des parlamentarischen Prozesses“ und erachtet den Gegensatz von Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit als ziemlich künstlich.<sup>35</sup> Diese Gegensatzbegrifflichkeit wird jedoch zur Verortung des VfGH im

<sup>34</sup> Vgl. JESTAEDT 2007, 9 f.

<sup>35</sup> Interview mit Kurt HELLER, 4. Februar 2014, Tondokument im Besitz der Autorin.

Institutionengefüge ebenso oft verwendet wie die Metapher vom „letzten Wort“. Theo Öhlinger spricht vom VfGH zuerst gar als „Gegenspieler des Parlaments“, um ein paar Seiten später doch auf die Wortwahl „Gegenspieler der parlamentarischen Mehrheit“<sup>36</sup> zu präzisieren, was immerhin auf das Charakteristikum des Minderheitenschutzes abzielt. Tatsächlich könnte der VfGH vom (sozialdemokratischen) Standpunkt des (radikalen) Parlamentarismus, wie ihn das B-VG 1920 konstituierte, als *sacrilegium intellectus* betrachtet werden, gebietet er der Parlamentssouveränität doch Einhaltung. Diese Sichtweise missachtet aber die systemische Funktion des VfGH in der vom Lagerdenken geprägten Ersten Republik als spezifische „Ausgliederung der Parlaments“, um ein Gegengewicht oder eine Korrektur zum Parlamentsabsolutismus und der Herrschaft eines einzigen Lagers einzurichten.<sup>37</sup> In solch einem gewaltenbalancierenden System muss das Gleichgewicht immer neu gefunden werden.

Niklas Luhmann erkannte in der Verfassung die strukturelle Koppelung der gesellschaftlichen Teilsysteme Politik und Recht<sup>38</sup> und griff damit doch nur auf, was bereits die Stufenbautheorie veranschaulichte: Jede Rechtsanwendung ist immer auch Rechtserzeugung (und umgekehrt)<sup>39</sup> und beinhaltet daher ein rechtliches und ein politisches Moment, weswegen in der Folge Verfassungsrechtsprechung auch Verfassungsschöpfung ist. Das macht den Verfassungsgerichtshof (VfGH) zum auch-legislativen und damit politischen Organ, das die Gesetzgebungsfunktion (wenn auch ausschließlich in negativer Ausprägung) mit dem Parlament teilt.<sup>40</sup> Parlament und Verfassungsgericht sind daher keine Kontrahenten um die Macht im Staat oder einander entgegengesetzte Gewalten, sondern beide sind Verfassungsorgane, beide machen Politik, beide setzen Recht. Der VfGH teilt die Gesetzgebungsfunktion mit dem Parlament, weil Rechtserzeugung und Rechtsanwendung keine Gegensätze sind. Die Rechtserzeugung durch den

---

<sup>36</sup> ÖHLINGER 1985, 243 und 251.

<sup>37</sup> Vgl. WELAN 1982, 281.

<sup>38</sup> Vgl. LUHMANN 1993.

<sup>39</sup> „Jede Form der Rechtsetzung, sei es die Setzung genereller oder individueller Akte ist eben – durch die Technik der stufenweisen Rechtserzeugung bedingt – sowohl durch eine heteronome Determinante, als auch autonom bestimmt, durch rechtliche Bindung und ein ‚Belieben gestaltender Anwendung‘ (Walter Leisner). Jede Rechtsetzung ist damit auch Rechtsanwendung – das doppelte Rechtsantlitz hat Merkl das plastisch genannt.“ (KORINEK 1981, 12).

<sup>40</sup> Vgl. KONRATH 2013, 187.

parlamentarischen Gesetzgeber ist stets Anwendung der ihn zur Gesetzgebung ermächtigenden Norm, also der Verfassung. Deshalb ist nach dem Stufenbau der Rechtsordnung die parlamentarische Gesetzgebung der Prüfung durch den VfGH zugänglich. Das ist die demokratietheoretische Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit: In einem funktionalen Verfassungsverständnis bildet sie nach Kelsen „ein Glied in dem System rechtstechnischer Maßnahmen, die den Zweck haben, die Rechtmäßigkeit der Staatsfunktionen zu sichern.“<sup>41</sup> Das Verfassungsgericht misst jene Rechtmäßigkeit, das heißt die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen. Gemäß Kelsen ist „Rechtmäßigkeit [...] nur das Verhältnis der Entsprechung, in dem die niedere zur höheren Stufe der Rechtsordnung steht.“<sup>42</sup>

Aufgrund von Kelsens Demokratietheorie war die Sorge, ein nicht hinreichend demokratisch legitimates und nicht öffentlich tagendes Richterkollegium könnte das letzte Wort über parlamentarisch erzeugte Gesetze einer demokratisch unmittelbar legitimateden Legislative haben, in der österreichischen Realität unbegründet. Denn einerseits ist die österreichische Verfassung relativ leicht zu ändern, was dem parlamentarischen Verfassungsgesetzgeber einen vom VfGH kaum einzuholenden Vorsprung einräumt, andererseits gibt es keine Hierarchie zwischen den Gewalten.<sup>43</sup> Einmal hat diese Gewalt das letzte Wort, beim nächsten Mal die andere; und überhaupt sind sie durch die politisch-institutionelle Gemeinschaft derart verbunden, dass keine Gewalt ihre Entscheidung ohne strukturelle Kopplung zur anderen trifft. Deshalb ist auch der VfGH nicht der einzige Hüter der Verfassung, sondern in einer pluralistischen Demokratie sind ebenso das Parlament und die Verwaltung, ja jeder einzelne Bürger zum Schutz der Verfassung aufgerufen.

Die moderne Rechtslehre hat diesen Verfassungspluralismus (und damit Verfassungshüterpluralismus) nicht zuletzt unter dem Einfluss der europäischen Integration (und dadurch unterschiedlichster Verfassungsautoritäten auf dem gleichen Gebiet) erkannt. Was Kelsen bereits aus der Anschauung des Habsburgerreiches diagnostiziert hatte, ist durch die EU nun offensichtlich geworden: Es gibt nicht die eine Institution, die Recht setzt, und auch nicht die eine, der das letzte Wort zukommt. Es gibt aber gleichberechtigt nebeneinander agierende und ineinandergreifende

---

<sup>41</sup> Kelsen 1929, 30.

<sup>42</sup> Kelsen 1929, 32.

<sup>43</sup> So auch der VfGH selbst in VfSlg. 16.327/2001. Allgemein vgl. Möllers 2008, 117.



Teilsouveräne. Daniel Halberstam prägte hierfür den Begriff der Heterarchie, der eine Gleichordnung von Letztentscheidern beschreibt.<sup>44</sup> Mehr denn je ist die auch heute noch unter einigen Juristen geführte Debatte, wer bei Kontroversen über die Auslegung der Verfassung das letzte Wort habe, anachronistisch und basiert nicht allein auf einer fehlenden Auseinandersetzung mit den politologischen Aspekten der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern ebenso auf einer Unkenntnis der internationalen rechtswissenschaftlichen Literatur. Die Konzentration aufs (nationale) Recht führt dazu, dem Verfassungsgericht noch immer die „Letztinterpretationskompetenz“<sup>45</sup> zuzusprechen und der vorgeblich „unpolitischen“ Gewalt einen Vorrang gegenüber der politischen einzuräumen.

Schon gemäß Kelsens Demokratietheorie und nun auch gemäß den Theorien des *constitutional pluralism*<sup>46</sup> ist diese Engführung nicht richtig. Tatsächlich ist das Verfassungsgericht viel eher ein „Wegweiser des politischen Prozesses“.<sup>47</sup> Es zeigt lediglich die in der Verfassung eingeschriebenen Grenzen auf und erinnert den einfachen parlamentarischen Gesetzgeber, dass die Verfassung auf einer breiteren demokratischen Zustimmung basiert und damit höher steht als die inkriminierte Rechtsnorm. Die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers ist zwar größer, aber prinzipiell gilt eben eine strukturelle Gleichartigkeit von Rechtsetzung und Vollziehung. Karl Korinek: „Die Einsicht in die strukturelle Verwandtschaft der Normsetzung generell abstrakter Normen, die eben auch Rechtsanwendung ist und der Rechtsanwendung der Organe der Vollziehung, die eben auch Rechtssetzung ist, [...] war ja geradezu gedankliche Voraussetzung für die Gesetzesprüfungscompetenz der Verfassungsgerichte.“<sup>48</sup> Die Lehre vom Stufenbau ermöglicht, Rechtsstaat und Demokratie als Einheit zu sehen: Das Recht regelt im demokratischen Prozess seine eigene Erzeugung und Vernichtung. Dementsprechend übt das Verfassungsgericht nicht nur eine rechtsstaatliche, sondern auch eine demokratische Aufgabe aus, nämlich dem Gesetzgeber „aus der Verfassung die Schranken für sein gesetzgeberisches Tun zu zeigen, zu präzisieren und diese Schranken letztlich durch Aufhebung als verfassungswidrig erkannt

---

<sup>44</sup> Vgl. HALBERSTAM 2009.

<sup>45</sup> Vgl. HIESEL 1995.

<sup>46</sup> Einer der wenigen deutschsprachigen Rechtswissenschaftler/innen, der aktuell den Verfassungsppluralismus mit Überlegungen zur Demokratietheorie verbindet, ist TEUBNER 2012.

<sup>47</sup> LANG 2014.

<sup>48</sup> KORINEK 1981, 13.

Gesetze zu sanktionieren.<sup>49</sup> Das Verfassungsgericht nach Kelsen ist jedoch auf die Kassation beschränkt; es ist immer nur negativer, niemals positiver Gesetzgeber, gibt keine vorläufigen Anordnungen oder Übergangsgesetze aus. Es setzt dem Gesetzgeber eine Frist, die inkriminierte Rechtsnorm zu reparieren und damit den demokratischen Prozess (wieder) in Gang.

Demokratiethoretisch gesehen zeigen Verfassungsgerichte dem parlamentarischen Gesetzgeber die Grenzen der derzeit (!) geltenden politischen Möglichkeitsräume auf, jedoch nicht als Bremser des politischen Entscheidungsprozesses, sondern durch ihre konstitutionellen Klarstellungen gerade im Gegenteil als Wegweiser und Hilfsmittel politischer Gestaltung. Der VfGH wendet sich bei Gesetzesaufhebungen nicht gegen das Parlament, sondern verschiebt die Materie auf eine höhere Ebene. Er macht den Verfassungsgesetzgeber zuständig und teilt dem Parlament mit, dass in dieser oder jener Materie nicht der einfache Gesetzgeber zuständig sei, sondern es eine Verfassungsmehrheit, vielleicht sogar eine Volksabstimmung brauche.<sup>50</sup> Verfassungsgerichte zeigen auf, was die derzeit in Geltung stehende Verfassung gerade noch erlaubt, präzisieren das Erlaubte und weisen den Weg für eine Vielfalt von politischen Gestaltungsmöglichkeiten.

Hierbei offenbaren Verfassungsgerichte ihren wichtigen Stellenwert in der Demokratie. Sie schützen die Minderheit vor Eingriffen in die Verfassung, vor Änderungen der staatlichen Spielregeln. Sie stellen klar, dass diese oder jene Rechtsnorm den Spielregeln widerspricht. Das heißt nicht, dass Verfassungsgerichte eine Spielregeländerung gänzlich verbieten, sondern dass sie auf eine breitere demokratische Basis dieser in Diskussion stehenden Norm pochen. Das Verfassungsgericht garantiert demnach, „dass sich die einfache parlamentarische Mehrheit an die mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Regelungen hält.“<sup>51</sup> Der Minderheitenschutz ist nach Hans Kelsen die Wesensvoraussetzung der Demokratie. Denn eine demokratische „Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann. Das ist der eigentliche Sinn jenes politischen Systems, das wir Demokratie nennen und das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck

<sup>49</sup> OBERNDORFER 1988, 205.

<sup>50</sup> So geschehen hinsichtlich des BundesvergabeG (Erkenntnis G12/00).

<sup>51</sup> ÖHLINGER 2013, 244.

eines politischen Relativismus ist.“<sup>52</sup> Jene relativistische Weltanschauung bedingte Kelsens Bekenntnis zur pluralistischen Demokratie und damit die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit: „Die Demokratie ist nämlich an sich nur ein formales Prinzip, das der jeweiligen Anschauung der Mehrheit die Herrschaft verschafft, ohne daß damit die Gewähr gegeben ist, daß gerade diese Mehrheit das absolut Gute, Richtige erreicht. Aber die Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie ihrem innersten Wesen nach eine Minorität nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt und – in konsequenter Verfolgung des demokratischen Gedankens – schützt“.<sup>53</sup> Und die Verfassungsgerichtsbarkeit war für Kelsen spätestens Ende der 1920er Jahre „ein besonders geeignetes Mittel, diese Idee zu verwirklichen“.<sup>54</sup> Auf diesen Überlegungen basierend erkannte Peter Häberle Jahre später in der Verfassungsgerichtsbarkeit richtig eine „Pluralismus-Rechtsprechung“.<sup>55</sup>

Hans Kelsen verstand sowohl die Verfassung (in der Stammfassung des B-VG) als auch die Verfassungsgerichtsbarkeit funktional. Als nicht voneinander wesensverschiedene und nicht getrennte, sondern verbundene und aufgabenteilend arbeitende Gewalten werden Exekutive und Judikative politisch durchdrungen sowie der Legislative Rechtschranken auferlegt. Aus diesem Grund der Gewaltenverbindung sah er die Institution eines Verfassungsgerichts auch nicht als mit der Parlamentsouveränität unvereinbar, denn Souveränität komme ohnehin nicht nur einem einzelnen Staatsorgan zu, sondern höchstens der staatlichen Ordnung als solcher, also der Gesamtheit der Rechtsordnung, die wiederum von jeweils mehr als einem Organ zu setzen, zu vollziehen und zu hüten sei. Nur diese Herangehensweise wird der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie gerecht. Da das Parlament nicht alleiniger Souverän ist, kann und muss auch durch einen anderen Teilsouverän wie den VfGH über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entschieden werden. Somit besteht außerdem keine Unvereinbarkeit von Justiz und Politik, weil beide doch wieder nur Ausdruck der Machtkonstellationen im demokratisch organisierten Staat sind.

Die angesprochene „Schutzfunktion der qualifizierten Minderheit gegenüber der bloß absoluten Mehrheit“, die Richter Korinek noch 1981 als

---

<sup>52</sup> KELSEN 1925/1993, 371.

<sup>53</sup> KELSEN 1925/1963. EHS 2009.

<sup>54</sup> KELSEN 1929, 81.

<sup>55</sup> HÄBERLE 1980, 63.

Wesen des VfGH darlegte,<sup>56</sup> besteht zwar nach wie vor, erfuhr jedoch vor allem durch die Judikatur in Grundrechtsfragen eine enorme Erweiterung. Der VfGH ist heute nicht mehr bloß Schiedsrichter in bundesstaatlichen Kompetenzkonflikten und Spielregelhüter, sondern stützt sich in seiner Spruchpraxis immer öfter statt bloß auf den Verfassungstext auf die eigene Vorjudikatur – die dadurch zur faktischen Rechtsquelle wird. Diesem Wandel liegen drei Ursachen zugrunde:

Erstens das *incomplete contracting* des Gesetzgebers: Viele in einer Verfassung enthaltene Rechtsbegriffe sind relativ allgemein formuliert und deutungs offen, benötigen daher eine konkretisierende Auslegung. „Exakt in diesen Bereich besteht funktional das größte Bedürfnis nach verbindlicher gerichtlicher Normenauslegung und -konkretisierung – und exakt dort besitzt ein Gericht auch den größten Entscheidungsspielraum“, so Marcus Höreth.<sup>57</sup> Hinzu kommen gesellschaftspolitisch kontroverse Fragen, die angesichts der herrschenden Mehrheitsverhältnisse nicht entschieden werden (Beispiel: Ehe für alle oder Adoptionsrecht für homosexuelle Paare); diese müssen durch „dilatatorische Formelkompromisse“<sup>58</sup> überbrückt werden. Damit werden zur parteipolitischen Problemlösungsstrategie Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber als berechenbarem Rechtserzeuger zum VfGH als eher unberechenbarem Rechtserzeuger abgeschoben. Durch den Auslegungsspielraum wird Rechtsanwendung zur Rechtserzeugung einiger weniger Richter.<sup>59</sup> Eine mit Blick auf den vermeintlichen „Koalitionsfrieden“ und stets drohende Neuwahlen vermehrt zu beobachtende Entscheidungsschwäche der regierenden Parteien führte in den vergangenen Jahren zur weiteren Abschiebung von gesellschaftspolitisch kontroversen Fragen an den VfGH.

Zweitens die Erweiterung der Antragsrechte: Der Gesetzgeber hat das Antragsrecht zum VfGH im Laufe seiner nun hundertjährigen Geschichte mehrmals erweitert. Hatte der VfGH ursprünglich (StGBI 1919/179) nur die Kompetenz, auf Antrag der Staatsregierung Landesgesetze zu überprüfen, um bundesweite Einheitlichkeit sicherzustellen, ging bereits das B-VG 1920 darüber hinaus. Es reduzierte nicht nur die formellen Voraussetzungen der Anfechtung, sondern stellte vor allem Parität zwischen Bund und Ländern

<sup>56</sup> KORINEK 1981, 46.

<sup>57</sup> HÖRETH 2008, 119.

<sup>58</sup> Vgl. SCHMITT 1928, 31.

<sup>59</sup> Zur politischen Willensbildung durch richterliche Prozesse siehe jüngst POKOL 2017.

her, indem auch die Landesregierungen ein Antragsrecht zur Überprüfung von Bundesgesetzen erhielten. Dies entsprach dem bundesstaatlichen Konzept der Verfassung und konzipierte den VfGH als Schlichter, der in Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Ländern die Begrenzung der jeweiligen Gesetzgebungsgewalt abstecken sollte. Der Inhalt eines Gesetzes als Ausdruck des politischen Willens war hierbei der Überprüfung durch den VfGH entzogen. Allerdings wurde diese Möglichkeit über den Umweg der amtswegigen Prüfungskompetenz eingeführt. Obwohl insbesondere die Sozialdemokratie aus demokratietheoretischen Gründen und im Sinne der radikalparlamentarischen Prägung der jungen Republik die Kompetenz zur amtswegigen Gesetzesprüfung erst vehement abgelehnt hatte, wurde sie auf Anregung Hans Kelsens schließlich doch, wenn auch an einen Anlassfall gebunden, mit dem B-VG 1920 eingeführt.<sup>60</sup> Allen voran Friedrich Austerlitz, selbst jahrelang VfGH-Richter, wandte sich gegen diese Kompetenz und hätte den VfGH auf Basis demokratietheoretischer Einwände lieber als bloßen Schiedsrichter in bundesstaatlichen Kompetenzkonflikten gesehen. Er formulierte seine Kritik allerdings erst 1930, als der VfGH bereits mit neuen Kompetenzen ausgestattet war. Die B-VG-Novelle von 1929 hatte das Antragsrecht auf den Obersten Gerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof ausgedehnt.

Die nächste Erweiterung erfolgte erst im Zuge der allgemeinen Demokratisierungswelle: Seit 1975 können auch in zweiter Instanz entscheidende Gerichte sowie ein Drittel der Nationalratsabgeordneten eine Prüfung beantragen; außerdem wurde in jener B-VG-Novelle auch der Individualantrag zugelassen, was vor allem in der Grundrechtsjudikatur die Setzung neuer Akzente ermöglichte respektive in ihrem Umfang erleichterte. Später folgte die Antragsberechtigung für unabhängige Verwaltungsbehörden. Die jüngste Erweiterung betrifft die seit 2014 eingerichteten erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte des Bundes und der Länder sowie die seit 2015 in Kraft stehende Gesetzesbeschwerde für Parteien eines erstinstanzlichen Zivil- oder Strafprozesses. Heute ist der VfGH von seiner ursprünglichen Funktion schon weit entfernt und mehr denn je ins politische Geschehen eingebunden.

Drittens veränderte politische Verhältnisse: Sowohl die Erste als auch die Zweite Republik waren lange Zeit durch die Vormachtstellung der beiden Großparteien SPÖ und ÖVP geprägt, die bei Nationalratswahlen

---

<sup>60</sup> Vgl. ÖHLINGER 1985, 180 ff.

bis in die 1990er Jahre stets eine stabile Zweidrittelmehrheit hinter sich vereinen konnten. Der VfGH war daher hauptsächlich „Mediator im Parteienstaat“<sup>61</sup>. Anschaulich war dies etwa an der Praxis Hans Kelsens als Verfassungsrichter. Kelsen verfolgte in den 1920er Jahren ein dezidiert demokratisches Programm.<sup>62</sup> Er argumentierte primär systematisch und teleologisch, manchmal gar rechtsschöpfend, und verhalf somit im Sinne des Schutzes der qualifizierten parlamentarischen Minderheit vielen im B-VG 1920 von sozialdemokratischer Handschrift geprägten Grundsätzen zur rechtlichen Durchsetzung, die die konservativen Regierungen jener Jahre wohl am liebsten getilgt hätten. Vor allem prüfte er Wahlen mit einem „sehr rigorosen Maßstab“ (VfSlg. 888/1927), exekutierte das Zensur- und Diskriminierungsverbot des Gleichheitssatzes scharf und zwang das Parlament, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen, anstatt sie durch Verordnungsermächtigung an die Verwaltung zu delegieren (VfSlg. 176/1923). Schon der Kelsen-Court legte also die Grundlage für die später vom VfGH immer kreativer entfaltete Regel: Dass nach Art. 18 B-VG die „gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden (darf)“, interpretierte der VfGH dahingehend, dass jegliches Verwaltungshandeln sehr genau durch ein parlamentarisch beschlossenes Gesetz determiniert sein muss. In den 1950er und 1960er Jahren nahm der VfGH zahlreiche Aufhebungen von Gesetzen vor, die nicht seinem Maßstab hinreichender Bestimmtheit entsprachen.

Gemäß Theo Öhlinger<sup>63</sup> steht hinter dieser Regel das Demokratieverständnis, alle Parlamentsparteien auf Basis des Kompromisses am Gesetzgebungsprozess zu beteiligen. Da das Parlament lange Zeit nur aus zweieinhalb Parteien<sup>64</sup> bestand, waren die demokratischen Prämissen weitgehend erfüllt. Doch mit dem Eintritt der Grünen in den Nationalrat und dem Erstarken der FPÖ führte diese Praxis seit den 1980ern zum eigentlich undemokratischen Ergebnis von verfassungsrechtlich abgesicherten Koalitionspakten zwischen SPÖ und ÖVP. Mit exzessiver Normsetzung im Verfassungsrang erschwerten die damaligen großen Koalitionen künftig anders zusammengesetzten Regierungen, die nur mehr über eine einfache Mehrheit verfügen, politische Richtungsänderungen vorzunehmen – eine

<sup>61</sup> Vgl. WELAN 1982.

<sup>62</sup> Vgl. WIEDERIN 2014, 304 f.

<sup>63</sup> Vgl. ÖHLINGER 2013, 248.

<sup>64</sup> Pelinka spricht vom „hinkenden Dreiparteiensystem“ (vgl. PELINKA 1981).

Entwicklung, die wir heute an der ungarischen Orbán-Regierung harsch kritisieren. Mit der Ausdifferenzierung des Parteiensystems war diese legislative Praxis nicht mehr hinzunehmen. Deshalb wandelte sich die Rolle des VfGH auch gegenüber der Regierung.

## Die Rolle des VfGH gegenüber der Regierung: Kampf um die Grundrechte

Eine Konfliktlinie, die sich schon in den Nachkriegsjahren und dann vermehrt seit 1987 aufgetan hat, besteht nicht zwischen dem VfGH und dem Parlament (als einfachem Gesetzgeber), sondern zwischen VfGH und Regierung (als Trägerin der für die Verfassungsgesetzgebung notwendigen Parlamentsmehrheit und Hauptgesetzesinitiatorin). Mit den seit 1987 wieder regierenden, aber unter dem Eindruck einer erstarkenden Opposition stehenden großen Koalitionen, die über eine kontinuierlich kleiner werdende Zweidrittelmehrheit im Nationalrat verfügten, wurde die Umgehung von möglichen VfGH-Erkenntnissen Usus. Gleich einem zuvorkommenden *overruling* hob die große Koalition einfachgesetzliche Bestimmungen mittels Zweidrittelvotum in Verfassungsrang, um einen einmal erzielten Kompromiss abzusichern respektive gegen verfassungsgerichtliche Normenkontrolle zu „immunisieren“<sup>65</sup>. Dadurch wurde nicht nur dem VfGH die inhaltliche Kontrolle jenes Gesetzes entzogen, sondern auch einem künftigen Wandel der Mehrheitsverhältnisse legislative Steine in den Weg gelegt. Die Praxis, Verfassungsrecht gleichsam als versteinerten Koalitionspakt zu missbrauchen<sup>66</sup>, enthüllt das alte, noch in der Ersten Republik wurzelnde gegenseitige Misstrauen der beiden Lager, der jeweils andere könnte bei neuen Mehrheiten (und neuen Koalitionsmöglichkeiten) ein gänzlich verändertes politisches Umfeld schaffen. Allerdings wurde aus dieser Sorge heraus mittels Verfassungsranghebung gerade einer Machtverschiebung hin zur exekutivistischen Politik der Boden bereitet.

Bezog sich jene Immunisierung in den alten großen Koalitionen (bis 1966) vor allem auf die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, nämlich auf die Absicherung der Kompetenzmäßigkeit von Regelungen, zu deren Erlassung der Bund gar nicht berechtigt gewesen wäre, so zielt sie seit

---

<sup>65</sup> Vgl. ORATOR 2014, 248 ff.

<sup>66</sup> Vgl. WIELINGER 2003, 19.

den neuen großen Koalitionen (1987) auf den weitaus sensibleren Bereich der Grundrechte ab. Beide Male trifft es Bereiche, die zur Konkretisierung des B-VG 1920 führend dem VfGH überlassen wurden, Bereiche, in denen das heute gültige Verfassungsrecht seine inhaltliche Bedeutung für die Staatspraxis beinahe ausschließlich vom VfGH erhalten hat. Es handelt sich demnach um Reaktionen der Regierung, die in praktizierter Organidentität mit der Nationalratsmehrheit das einstmalige Versäumnis, die Kompetenzen klar aufzuteilen und einen Grundrechtskatalog zu verabschieden, mittels Gelegenheitsgesetzgebung wettzumachen versuchen. Dies führt angesichts des vom VfGH mittlerweile erreichten qualitativen und quantitativen Standes an Judikatur jedoch zu einer Segmentierung und Aufweichung von verfassungsrechtlichen Garantien.<sup>67</sup>

Das plakativste Beispiel für diesen Ge- oder Missbrauch der Verfassungsgesetzgebung ist wohl jenes der Bedarfsregelung für Taxis im Gelegenheitsverkehrsgesetz (§ 10 Abs. 2 GelVerkG, Bestimmungen über die Gewerbeausübung), das der VfGH 1986 unter Berufung auf den Grundsatz der Erwerbsausübungsfreiheit nach Art. 6 StGG aufgehoben hatte (VfSlg. 10932/1986): „Wie der VfGH in seiner jüngeren Judikatur [...] dargetan hat, kann das durch Art. 6 StGG gewährleistete Recht auf Erwerbsausübungsfreiheit durch Gesetz verfassungsrechtlich einwandfrei eingeschränkt werden, solange dadurch nicht der Wesensgehalt dieses Grundrechtes berührt oder in anderer Weise gegen einen den Gesetzgeber bindenden Verfassungsgrundsatz verstoßen wird. Eine die Erwerbsausübungsfreiheit einschränkende Vorschrift ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten und auch sachlich zu rechtfertigen ist. Diese verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Einschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit scheinen nun hier nicht vorzuliegen.“<sup>68</sup> Der Nationalrat beschloss daraufhin mit den Stimmen der Regierungsparteien SPÖ und ÖVP die aufgehobene Bestimmung neu – nun aber als Verfassungsbestimmung (BGBl. 125/1987).

Zu diesem Schritt ist der Verfassungsgesetzgeber zwar prinzipiell befugt, sofern er über die entsprechend qualifizierten Quoren verfügt, rechtspolitisch ist dieses Vorgehen jedoch heikel. Edwin Loebenstein sprach deshalb von einer „Verfassungsunkultur“ und mahnte: „Als unzulässiger

<sup>67</sup> Vgl. ADAMOVICH–FUNK–HOLZINGER 1997, 128 ff.

<sup>68</sup> Entscheidungstext VfGH Erkenntnis 23. 06. 1986 / 10932. Für weitere Beispiele aus der Judikatur siehe FUNK 1993, 91 ff.



Angriff auf die Unabhängigkeit der Gerichte wird es wohl anzusehen sein, wenn ein Akt der Gesetzgebung sich ausschließlich zum Ziel setzt, ein bereits ergangenes Erkenntnis zu beseitigen. Hier ist also ein Schutzwall zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit aufzubauen, damit nicht durch Verfassungsgesetze formell unverdächtig, materiell aber verfassungswidrig etwas geschieht, was die Verfassungsgerichtsbarkeit untergraben würde.“<sup>69</sup> Ein solcher Schutzwall wäre etwa die Einführung eines Inkorporierungsgebots, wie es der Österreich-Konvent forderte. Denn bislang erlaubt die leichte Abänderbarkeit des B-VG jene politische Praxis, die dem Verfassungsgesetzgeber in dieser Hinsicht nur bei der Totalrevision des B-VG eine Grenze setzt. „Die relative Biegsamkeit der österreichischen Verfassung und die scheinbare Organidentität von einfachem Gesetzgeber und Verfassungsgesetzgeber provoziert immer wieder Anwendungen von Parlamentsabsolutismus“<sup>70</sup>, so Heinz Schäffer. Zudem steht bei dieser Art der Gesetzgebung stets die Gefahr einer schleichenden Gesamtänderung der Verfassung im Raum, sodass der VfGH dem parlamentarischen Gesetzgeber im Jahr 1988 erstmals drohte. Im Entscheidungstext zu VfSlg 11.756/1988 unterstellte der VfGH dem Verfassungsgesetzgeber, „es sei ihm darum gegangen, im gegebenen Zusammenhang die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH einzuschränken und die Grundrechtsordnung zu durchlöchern, weil solche wenngleich hier bloß partiell wirkende Maßnahmen – gehäuft vorgenommen – anscheinend zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung führen könnten, die nur nach Durchführung einer Volksabstimmung zulässig wäre.“

Als sich die Immunisierungen im Laufe der 1990er Jahre vor allem im Grundrechtsbereich häuften, stellte der VfGH dem Gesetzgeber die Rute ins Fenster und hielt schließlich 1998 beinahe beiläufig fest, dass der Gleichheitssatz „nicht zur beliebigen Disposition steht, weil er als ein wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und des demokratischen Baugesetzes einen nicht ohne Volksabstimmung nach Art. 44 Abs. 3 B-VG abänderbaren festen Kern hat“ (VfSlg 15.373/1998). Wie schon in den Beratungen des Verfassungsausschusses 1920 festgehalten, beinhaltet der Gleichheitssatz des Art. 7 B-VG „eigentlich nur eine Ausführung des Wortes demokratisch in Artikel 1 Abs. 1“<sup>71</sup>. Daraus folgerte der VfGH, dass der Gleichheitssatz

---

<sup>69</sup> LOEBENSTEIN 1994, 363.

<sup>70</sup> SCHÄFFER 1998, 134.

<sup>71</sup> Vgl. ERMACORA 1967, 339.

Teil des demokratischen Baugesetzes sei, und erinnerte den Gesetzgeber, dass in diesem Bereich nur mehr ein „gewisser Spielraum zu seiner (verfassungsgesetzlichen) Konkretisierung oder [...] zu einer punktuellen Durchbrechung in besonderen Sachlagen“ bestehe. Doch im Jahr 2001, mit dem Erkenntnis 12/00 (VfSlg. 16.327/2001) zum Bundesvergabegesetz (BVergG 1997), hat der VfGH die rote Linie endgültig überschritten gesehen und der Immunisierungspraxis einen Riegel vorgeschoben. Er hob in einem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 126a BVergG 1997 eine Verfassungsbestimmung im ansonsten einfachgesetzlichen Bundesvergabegesetz auf und machte damit erstmals deutlich, dass die Verfassung nicht für kurzfristige politische Ziele missbraucht werden darf.

Im konkreten Fall hatte der VfGH bereits im Jahr 1999 (VfSlg 15.578) eine Bestimmung des BVergG 1997 als verfassungswidrig kassiert und dem Gesetzgeber bis Ende des Jahres 2000 Zeit für die Reparatur eingeräumt. Der Bundesgesetzgeber reagierte in BGBl I 125/2000 mit der Wiederverlautbarung des Gesetzes und sicherte sich diesmal mit einer bis Ende August 2002 zeitlich befristeten Verfassungsbestimmung gegen die neuerliche Aufhebung durch den VfGH ab. Eine Vierparteienkoalition (SPÖ, FPÖ, ÖVP und Grüne) bestimmte darin schlichtweg, dass die vom VfGH geprüften Gesetzesinhalte „als nicht bundesverfassungswidrig gelten“ und wollte sich auf diese Weise mehr Zeit für die nach einem entsprechenden EuGH-Urteil erforderliche Erstellung eines einheitlichen Vergaberechts für Bund, Länder und Gemeinden verschaffen. Der VfGH war diesmal nicht einfach nur umgangen, sondern seine Überstimmung durch das Parlament und damit die Infragestellung seiner „Letztinterpretationskompetenz“ öffentlich zur Schau gestellt worden. Denn der FPÖ-Abgeordnete und ehemalige Kurzzeitjustizminister Michael Krüger gestand ein: „Die Bestimmung, die wir heute hier verabschieden, nämlich eine Ergänzung unserer Bundesverfassung, ist aus meiner Sicht nicht unbedingt eine legistische Glanzleistung“<sup>72</sup>, und auch Madeleine Petrovic von den Grünen konstatierte: „Es ist in der Tat so, dass das Überstimmen des Verfassungsgerichtshofs mittels einer Verfassungsmehrheit demokratiepolitisch nicht unproblematisch ist. Die andere Lösung würde aber Rechtsunsicherheit bedeuten und vor allem

---

<sup>72</sup> Wortmeldung des Abg. Michael KRÜGER, Stenogr. Pr. des Nationalrates, XXI. GP, 46. Sitzung, 24. November 2000, 90.

signalisieren, dass der Bund, das Parlament, auch nicht in der Lage ist, einen einheitlichen Verhandlungsstandpunkt zu formulieren.“<sup>73</sup>

Obwohl der Beschluss von zeitlich befristeten Verfassungsbestimmungen keineswegs neu ist und sich eine solche zwar nicht im Wortlaut aber inhaltlich erstmals in BGBl 301/1959 hinsichtlich einer Ergänzung des Einkommensteuergesetzes 1953 (Art. III) fand, brach die Vierparteienkoalition unter ÖVP/FPÖ-Führung ein verfassungspolitisches Tabu: Seit einer Bestimmung im Zweiten Verstaatlichungs-Entschädigungsgesetz des Jahres 1960, die damals unter Verfassungsjuristen für großen Aufruhr gesorgt hatte, war es nicht mehr gewagt worden, die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH derart offen zu beschneiden. BGBl 3/1960 hatte im fünften Abschnitt bestimmt: „Authentische Auslegung. § 12. (Verfassungsbestimmung.) § 3 und § 10 Abs. 1 bis 3 des Ersten Verstaatlichungs-Entschädigungsgesetzes, BGBl. Nr. 189/1954, sowie § 2 des vorliegenden Bundesgesetzes entsprechen dem Art. 7 des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung 1929 und dem Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 142.“ Walter Brezina fragte daraufhin empört: „Wird der Verfassungsgerichtshof ausgeschaltet?“<sup>74</sup>, und der SP-nominierte VfGH-Richter Josef Korn (1946–1973) antwortete: „Diese Art der Gesetzgebung verstößt ... gegen alle rechtsstaatlichen Prinzipien und darf sich in einem Rechtsstaat ... nicht mehr wiederholen. Sie müsste in einer diktatorischen Staatsform hingenommen werden, nicht aber in einer demokratischen Republik, deren Bundesverfassung ... den VfGH geschaffen hat, dem allein zu prüfen und zu entscheiden zukommt, ob ein Gesetz ... verfassungswidrig oder verfassungsmäßig ist. ... Der VfGH könnte auf kaltem Wege seiner wichtigsten und vornehmsten Funktion als Gesetzesprüfungsgericht ... beraubt werden ...“<sup>75</sup>

Diese Art der Gesetzgebung wiederholte sich aber bei der im Jahr 2000 durchgeführten Verfassungsbestimmung für § 126a BVergG 1997 und warf erneut die Frage nach dem Verhältnis von Bundes(verfassungs)gesetzgeber und VfGH auf. In den 1960ern war der VfGH noch nicht so selbstbewusst gewesen wie 1988 oder gar heute und hatte dem Gesetzgeber einen überaus weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum eingeräumt, bevor er

---

<sup>73</sup> Wortmeldung der Abg. Madeleine PETROVIC, Stenogr. Pr. des Nationalrates, XXI. GP, 46. Sitzung, 24. November 2000, 90.

<sup>74</sup> BREZINA 1960. Für weitere Nachweise und Näheres siehe HIESEL 2001.

<sup>75</sup> KORN 1960, 203.

überhaupt die Frage nach der Gesamtänderung der Verfassung stellte. Doch 2001 hatte er vor allem basierend auf seiner führenden Interpretationsrolle im Grundrechtsbereich bereits zwei Dezennien Emanzipation hinter sich und handelte viel selbstbewusster. Als man versuchte, die „Ermächtigungsgesetzgebung“<sup>76</sup> von 1960 zu wiederholen, wehrte sich der VfGH ebenso erfolgreich wie folgenreich: Die Vierparteienkoalition verwirklichte ein vor allem von FPÖ-Chef Jörg Haider oftmals postuliertes Verfassungsverständnis, wonach die Demokratie über dem Rechtsstaat stehe. Entgegen der institutionellen Konzeption der Republik Österreich als demokratischem Rechtsstaat handelte der Verfassungsgesetzgeber 2000 nach dem Modell der rechtsstaatlichen Demokratie, wie es etwa in der Schweiz vorzufinden ist.<sup>77</sup> Während in der rechtsstaatlichen Demokratie der Mehrheitsregel größte Bedeutung zukommt, das Parlament das letzte Wort hat und die Verfassungsgerichtsbarkeit schwach (oder gar inexistent) ist, kommt im demokratischen Rechtsstaat den rechtsstaatlichen Institutionen die größere Bedeutung zu und das letzte Wort changiert. Der VfGH wird zwar vom demokratischen Prozess getragen, von diesem aber nicht ausschließlich und schon gar nicht im Sinne einer Mehrheitsherrschaft bestimmt. Das bedeutet, dass vor allem die Grundrechte der politischen Gestaltungsmacht im Sinne des Minderheitenschutzes weitgehend entzogen sind und der Diskurs darüber hauptsächlich von den Höchstgerichten geführt wird.<sup>78</sup> Oliver Lepsius wies mit Hans Kelsens Demokratietheorie darauf hin, dass das Wesen der Demokratie der Kompromiss sei; folglich verlange die Freiheit als Grundgedanke der Demokratie nicht nach der Mehrheitsherrschaft, sondern nach einem Diskurs um die Mehrheit.<sup>79</sup> Dieser Diskurs muss frei, also offen gehalten werden, weswegen es der Einhaltung der (v. a. in den Baugesetzen grundgelegten) Spielregeln bedarf; hierfür sorgt vorrangig der VfGH.

Entsprechend erkannte der VfGH in 16.327/2001, dass der Demokratie als bloßem Mehrheitsvotum Schranken gesetzt sind und dass daher auch Verfassungsrecht verfassungswidrig sein kann, wenn es gegen die Grundprinzipien der Bundesverfassung (in diesem Fall gegen das rechtsstaatliche und demokratische Prinzip) verstößt. In der Begründung hieß es, es sei unzulässig, die Anforderungen, die Verfassungsgrundsätze an eine Regelung

<sup>76</sup> HIESEL 2001, 309.

<sup>77</sup> Zu dieser Unterscheidung näher CHRISTMANN 2012, 43 f.

<sup>78</sup> Vgl. KONRATH 2014, 130.

<sup>79</sup> Vgl. LEPSIUS 2009, 82.

stellen, dadurch aufzuheben, dass die Regelung selbst in Verfassungsrang gehoben wird. Die Grundsätze sind stärker, weil ihnen das Verbot an den Verfassungsgeber innewohnt, sie – jedenfalls ohne Volksabstimmung (Gesamtänderung der Verfassung) – auch nur in einem Fall zu suspendieren.<sup>80</sup> Der VfGH unterstrich damit seine Rolle im Institutionengefüge als ein Hüter der Verfassung und Schützer des demokratischen Rechtsstaates. Mehr noch: Er artikulierte mit diesem Erkenntnis erstmals explizit seine Funktion im Staat und sein Verhältnis zu den anderen Gewalten. Indem er zum ersten Mal in seiner Geschichte eine geltende Verfassungsbestimmung aufhob, konkretisierte er seinen verfassungsrechtlichen Auftrag und stellte klar, dass „im Gefüge der Baugesetze Gleichwertigkeit zwischen der Zuständigkeit des Gesetzgebers und jener des Verfassungsgerichtshofes“ besteht. Die Heterarchie der Gewalten könne demgemäß nur durch eine Gesamtänderung der Verfassung, die den VfGH und/oder das rechtsstaatliche Baugesetz abschafft, in einen absoluten Vorrang der Legislative umgewandelt werden. Bis dahin bleibe der im B-VG grundlegende Vorrang des Verfassungsgesetzgebers ein relativer.

Diese Argumentation des VfGH erinnert an das demokratietheoretisch verortete Konzept des *principled self-restraint* von John Hart Ely.<sup>81</sup> Demnach bestünde die Aufgabe von Verfassungsgerichten ausschließlich in der Sicherung der Prinzipien und Bestandsvoraussetzungen für die Demokratie. Normen müssten (und dürften) nur dann zurückgewiesen werden, wenn sie die Bedingungen der Verwirklichung des demokratischen Prinzips untergraben. Jedoch ist es in der österreichischen Theorie und Praxis einhellige Meinung, dass es für den Verfassungsgesetzgeber nicht nur die formelle Grenze der Totalrevision gibt. Die Spannungssituation zwischen den Institutionen hat sich dadurch verschärft. Denn was die einen als richterlichen Aktivismus und Kompetenzüberschreitung ansehen, stellt sich für die anderen als Bewahrung der Kontrollfunktion des VfGH dar. Da die Kontrollfunktion auch als demokratische Legitimation verstanden wird, stoßen hier zwei politische Akteure aufeinander, die sich ihrer Grenzen und Aufgabenverteilungen nicht (mehr) ganz sicher sind.

Die Frage, ob der VfGH eine „Nebenregierung“ sei, ist daher berechtigt und mit Ja zu beantworten. Der VfGH ist im Sinne der Heterarchie

---

<sup>80</sup> Vgl. Entscheidungstext VfGH Erkenntnis 11. 10. 2001 G 12/00 u. a. Siehe auch GÜNTHER (2001): Bundesvergabegesetz nach Beschwerde für verfassungswidrig erklärt.

<sup>81</sup> Vgl. ELY, Hart (1981): Democracy and Distrust.

und der Verbindung der Gewalten auch ein Regierungsorgan, wie er eben auch ein Rechtsetzungsorgan ist. Er nimmt konkret und ex lege an der Regierungsgewalt teil, wenn er Verordnungen prüft und kassiert, ist aber auch in praxi ein „Regierungsorgan besonderer Art“, dem eine Rolle zukommt, die sich durchaus mit den Einrichtungen der Sozialpartnerschaft „als spezifische Ausgliederung“<sup>82</sup> deuten lässt. Der VfGH ist in dieser Hinsicht – die jenseits aller in der Verfassung taxativ aufgezählten Befugnisse die politische Praxis betrifft – eine willkommene Pufferzone zum Erhalt des Koalitionsfriedens. Gerade in weltanschaulich strittigen Fragen, die SPÖ und ÖVP ideologisch konträr zu beantworten hätten, wird der VfGH gerne als Schiedsrichter herangezogen und die Entscheidung über Fragen wie Studiengebühren, Samenspende für lesbische Paare delegiert. Manfred Welan ortet dementsprechend die Hauptfunktion des VfGH „in der Systemstabilisierung durch Eliminierung konfliktbelasteter Normen aus dem Rechtsbestand oder/und in der Systemstabilisierung durch Legitimation konfliktbelasteter Normen in den Rechtsbestand.“<sup>83</sup> Dass Regierungen jeglicher Couleur und Zusammensetzung den VfGH institutionell voraussetzen, indem sie ihn für ihre Zwecke geradezu als Nebenregierung instrumentalisieren, zeigt die vor allem in den vergangenen beiden Jahrzehnten Usus gewordene Handlung, weltanschauliche Grundsatzfragen dem VfGH zuzuschieben. Wo der Anlassfall nicht abgewartet werden kann, wird die Entscheidung in Form unklarer Gesetzgebung indirekt an den VfGH übertragen.

Heinz Schäffer kritisierte noch ohne Unterstellung der Abschiebung von Wertentscheidungen die Qualität der Gesetzgebung, denn insbesondere Regierungsvorlagen sind juristisch oft verbesserungsbedürftig: „Im Bewußtsein um die völlig eingelebte und funktionierende nachprüfende Normenkontrolle werden häufig Normen erlassen, ohne die Langzeitwirkungen, die Einpassung in das Rechtssystem und die Verfassungsmäßigkeit sorgfältig zu prüfen.“<sup>84</sup> Laut Kurt Heller gehen rund 50 Prozent der vom VfGH vorgenommenen Aufhebungen auf „Schlamperei in den juristischen Diensten“<sup>85</sup> zurück. Meist handelt es sich um unklare Formulierungen, die den politischen Kompromiss erkennen lassen. Um des koalitionären

---

<sup>82</sup> WELAN 1982, 281.

<sup>83</sup> WELAN 1982, 281.

<sup>84</sup> SCHÄFFER 1998, 125.

<sup>85</sup> Interview mit Kurt HELLER, 4. Februar 2014, Tondokument im Besitz der Autorin.

Friedens willen würden gemäß Heller selbst Warnungen des Verfassungsdienstes ignoriert und die Entscheidung dem VfGH überantwortet.

Karl Korinek forderte daher vom Gesetzgeber schon vor Jahren eine bessere Justiziabilität ein: „(J)e mehr er [der Gesetzgeber, Anm. TE] aber dazu tendiert, unscharfe und programmatische Formulierungen in den Verfassungstext aufzunehmen, Formelkompromisse, unter denen jeder etwas anderes versteht, mit normativer Geltung auszustatten, umso mehr bringt er das Verfassungsgericht in die Position, über etwas zu entscheiden, über das Klarheit nicht besteht, ja oft nicht einmal gewollt ist.“<sup>86</sup> Der VfGH gerät dann mehr denn je in die Position, nicht nur aufzufinden, was vom Gesetzgeber vorgegeben ist, sondern vielmehr zu entscheiden, was durch die Rechtsordnung noch nicht hinreichend entschieden ist. Im Hinblick darauf, dass es „zumeist mehr als eine Interpretation, häufig sogar einander widersprechende Interpretationen gibt“<sup>87</sup>, wählt der VfGH in einem Willensakt eine von mehreren Möglichkeiten aus – und lässt sich hierbei neben der eigenen Vorjudikatur als legitim erachteter Rechtsquelle (bewusst oder unbewusst) auch von politischen Erwägungen und Wertorientierungen leiten. Der oft getadelte Aktivismus der Richter oder die Justizialisierung der Politik erweisen sich aus dieser Perspektive als in Kauf genommene Nebeneffekte legistischer Schlamperei und parteipolitischen Kalküls. Darüber hinaus soll nicht verschwiegen werden, dass aufgrund zahlreicher Reformen (New Public Management etc.) die juristische Ausarbeitung in den Ministerien tatsächlich an Qualität eingebüßt hat.

Die mangelhafte Qualität der Gesetze und die daraus resultierende Überbeanspruchung des VfGH fanden auch bereits in den Tätigkeitsberichten ihren Niederschlag: Im Mittelpunkt der Tätigkeitsberichte für die Jahre 2003 und 2004 stand die massive Kritik des Verfassungsgerichtshofs an der mangelhaften Legistik. Er habe sich auch wiederholt mit gesetzlichen Regelungen befassen müssen, deren Systematik nur mit Mühe zu durchschauen und deren Sinnermittlung nicht zuletzt deshalb schwierig sei, „weil in den anzuwendenden Rechtstexten die Regeln der Grammatik und sonstige Prinzipien der deutschen Sprache gröblich missachtet werden. Der Verfassungsgerichtshof regt daher erneut dringend an, der legistischen Ausarbeitung insgesamt erhöhtes Augenmerk zuzuwenden.“<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> KORINEK 1981, 50.

<sup>87</sup> KELSEN 1951–52, 265.

<sup>88</sup> Tätigkeitsbericht des Verfassungsgerichtshofes 2004, S. 15.

## Legitimation im juristokratischen Staat: Reformen und Reformvorschläge

Für Karl Korinek besteht die Legitimation des VfGH in der vom Bundes-Verfassungsgesetz übertragenen Kontrollfunktion. Der VfGH habe gleichsam die Verfassung im Rücken; sein Maßstab der Gesetzesprüfung ist das mit qualifizierter Mehrheit und erhöhtem Quorum beschlossene Verfassungsrecht: „(D)ie den Gesetzgeber bindenden und seine Akte prägenden verfassungsrechtlichen Festlegungen sind eben von einem breiteren demokratischen Konsens getragen als die Akte des einfachen Gesetzgebers. Die Bindung des einfachen Gesetzgebers an die verfassungsrechtliche Rahmenentscheidung ist daher gleichzeitig eine Bindung des demokratisch-legitimierten Gesetzgebers an einen Akt erhöhter demokratischer Legitimation: Die Aufgabe, die Einhaltung der verfassungsgesetzlichen Normierung durch den einfachen Gesetzgeber zu überwachen, ist daher eine demokratische Funktion des Verfassungsgerichts, nämlich die Funktion der Überwachung geringer demokratisch legitimierter Akte auf ihre Entsprechung gegenüber den höher demokratisch legitimierten Akten.“<sup>89</sup>

Die Beantwortung der Frage nach der Legitimation des VfGH mit seiner Funktion im demokratischen Rechtsstaat ist aber nur eine mögliche Antwort – und eine, die in juristokratischen Zeiten und angesichts der Mediendemokratie immer weniger trägt. Daher steht für den VfGH in naher Zukunft zur Debatte, transparenter und offener, ja öffentlicher zu arbeiten. Das betrifft sowohl den Auswahl- und Bestellmodus der Richter als auch die Entscheidungsfindung und letztlich den Umgang mit der interessierten Öffentlichkeit.

### Auswahl- und Bestellmodus

Der Auswahl und Bestellung von Verfassungsrichtern haftet stets ein politisches Moment an; sie kann nie vollständig versachlicht und objektiviert werden. Denn wie in beinahe allen Staaten mit liberaldemokratischer Verfassung spiegeln sich auch in Österreich im Moment der Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofs die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse wider. Parteienvereinbarungen sorgten zudem dafür, dass das

<sup>89</sup> KORINEK 1981, 45 f.



Nominierungsrecht für VfGH-Mitglieder entweder, wie bis 1929, auf die Parlamentsparteien in Relation zu deren Stimmenanteil aufgeteilt war oder, wie in der Zweiten Republik Usus, durch die beiden Großparteien dominiert wurde. Der ehemalige Verfassungsrichter Norbert Wimmer stellt klar, dass Ernennungen stets „eindeutig parteipolitische Entscheidungen“ sind. Die Qualität des Juristen spiele eine geringere Rolle als eine „gewisse Gewogenheit der Parteifunktionäre hinsichtlich einer bestimmten Person.“<sup>90</sup> Dass die parteipolitische Nähe eines VfGH-Richters auch über die Auswahl und den Bestellvorgang hinaus zumindest miteinkalkuliert ist, offenbart sich in § 12 Abs. 1 Verfassungsgerichtshofgesetz 1953: Der VfGH ist der einzige österreichische Gerichtshof, dessen Mitglieder von den Parteien eines Verfahrens nicht wegen Befangenheit abgelehnt werden können.<sup>91</sup> Vielmehr wird eine vermutete Befangenheit im Sinne von weltanschaulicher Nähe systemisch in die Richterauswahl integriert und durch Proporz egalisiert.

Artikel 147 Absatz 2 B-VG normiert den aktuellen Bestellmodus: Den Präsidenten, den Vizepräsidenten, sechs weitere Mitglieder und drei Ersatzmitglieder ernennt der Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung. Die übrigen sechs Mitglieder und drei Ersatzmitglieder ernennt der Bundespräsident aufgrund von Vorschlägen, die für drei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder der Nationalrat und für drei Mitglieder und ein Ersatzmitglied der Bundesrat erstatten. Solange SPÖ und ÖVP auf Bundesebene ein stabiles Zweiparteiensystem behaupten konnten, war das Vorschlagsrecht für vakant gewordene Posten zwischen diesen beiden Parteien aufgeteilt und Bestellungen neuer VfGH-Richter verliefen meist unter Ausschluss der medialen Öffentlichkeit.<sup>92</sup> Allfällige Kontroversen wurden durch (Geheim-)Absprachen und gemäß dem Proporz- und Konkordanzsystem gelöst. Da Proporzabsprachen über Verfassungsrichterstellen zwar in Deutschland als verfassungswidrig gelten<sup>93</sup>, aber für Österreich trotz mahnender Stimmen aus der Lehre<sup>94</sup> solch eine Verfassungswidrigkeit

---

<sup>90</sup> Interview mit Norbert WIMMER, 24. März 2014, Tondokument im Besitz der Autorin.

<sup>91</sup> So bereits auch § 11 des Bundesgesetzes vom 13. Juli 1921 über die Organisation und über das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof (BGBl 364/1921) und hierauf bezugnehmend VfSlg Anhang 22/1924.

<sup>92</sup> Einen seltenen Einblick in die Kontroversen zwischen SPÖ und ÖVP hinsichtlich der Auswahl und Bestellung von VfGH-Richtern in der Frühzeit der Zweiten Republik gewährt uns Adolf SCHÄRF in ENDERLE-BURCEL 1955, 284 ff.

<sup>93</sup> So schon SCHÜLE 1964, 131.

<sup>94</sup> Z. B. MERKL 1962.

hinsichtlich der VfGH-Richter nie präzise festgestellt wurde, gab es für SPÖ und ÖVP wenig Druck, den Auswahl- und Bestellvorgang zu modifizieren. Erst durch die Zugewinne der FPÖ seit den 1980ern und den Einzug neuer Parteien in den Nationalrat bricht dieses System allmählich auf, weil auch andere Parteien als die ehemaligen Großparteien ihr Nominierungsrecht anmelden oder generell auf den Mangel an Transparenz und Objektivität bei der Richterbestellung hinweisen. So kam etwa Herbert Haller im Jahr 2003 als erster Richter auf Vorschlag der FPÖ in den Verfassungsgerichtshof, weil die FPÖ damals Koalitionspartnerin war.<sup>95</sup>

An dieser Entwicklung lässt sich erkennen, dass neue Mehrheitsverhältnisse in einer Gewalt (Legislative) mit einer gewissen, der richterlichen Amtszeit geschuldeten Verzögerung auch in der anderen Gewalt (Judikative) ihren Niederschlag finden, ja finden müssen. Da der VfGH ein auch-politisches Organ ist und vor allem in Grundrechtsfragen politisch richtungsweisend entscheidet, muss er von der parlamentarischen Mehrheit hinreichend legitimiert, um von dieser anerkannt zu sein.

Mit der Nominierung Herbert Hallers seitens der FPÖ scheint auch ein Mangel parteipolitischen Vertrauens wieder wettgemacht worden zu sein, der die Gewalten insgesamt geschwächt hatte. Immerhin waren im Zuge des Ortstafelerkenntnisses vom Dezember 2001 nicht nur Ludwig Adamovich und Jörg Haider aneinandergeraten, sondern durch die Befeuerung seitens der FPÖ-Vertreter in der Regierung – allen voran durch Vizekanzlerin und FPÖ-Parteibfrau Susanne Riess-Passer – auch die Institutionen als solche.<sup>96</sup> Jenseits aller persönlichen Beleidigungen und allen politischen Missbrauchs von Kärntner Geschichte und Identität machte die fehlende personelle Abbildung im VfGH der im Nationalrat stetig an Stimmen gewinnenden FPÖ ein Grunddilemma aus, das sich bereits in den 1990ern durch diverse parlamentarische Anfragen abzeichnete<sup>97</sup> und in Jörg Haiders

<sup>95</sup> HALLER war zwar der erste von der FPÖ nominierte VfGH-Richter, doch schon 1966 hatte Bundeskanzler Josef KLAUS während der ÖVP-Alleinregierung eine Annäherung ans deutschnationale Lager gesucht, das zahlreiche Gesetzesvorhaben gemeinsam mit der ÖVP beschloss, und den Kärntner Rechtsanwalt Armin DIETRICH zum Ersatzmitglied des VfGH (1966 bis 1979) berufen.

<sup>96</sup> Zum Ortstafelstreit ausführlich siehe OTTI-SCHULZE 2004.

<sup>97</sup> Siehe etwa die parlamentarische Anfrage der FPÖ-Abgeordneten STADLER, GRAF und andere an den Präsidenten des Nationalrates vom 7. Oktober 1998 betreffend objektive Richterbestellung beim Verfassungsgerichtshof (38/ABPR XX. GP – Anfragebeantwortung).

Aussage „Das Volk steht über dem VfGH“ (Die Presse, 15. Januar 2002) kulminierte. Darin äußerte sich weniger eine grundsätzliche Ablehnung des VfGH als in seinen Entscheidungen auch-politisches Organ, sondern vielmehr die Ablehnung einer (zumindest im Moment seiner Bestellung) sehr wohl parteipolitisch auftretenden Institution, an der man als Regierungspartei nicht beteiligt ist.

Der Rechtswissenschaftler Alexander von Brünneck wies darauf hin, dass politische Präferenzen in der Bevölkerung mit denen in den politischen Institutionen einigermaßen korrelieren müssen, um das Gefüge stabil zu halten.<sup>98</sup> Der Ortstafelstreit hat gezeigt, wie notwendig die Abbildung neuer parlamentarischer Mehrheitsverhältnisse auch in den beiden anderen Gewalten ist, um die Legitimation der richterlicher Zusammensetzung und damit die Anerkennung des Höchstgerichts aufrechtzuerhalten. Insofern der Verfassungsbogen die FPÖ als Regierungspartei umspannt, muss er sie auch als Vorschlagsberechtigte für den VfGH gelten lassen. Man darf daher spekulieren, ob der Ortstafelstreit anders verlaufen wäre, wenn Herbert Haller schon damals Mitglied des VfGH gewesen wäre. Das Urteil wäre höchstwahrscheinlich nicht anders ausgefallen, doch hätte die FPÖ einen Vertrauensmann in der *black box* des VfGH gehabt und hätte sich schwerer getan, rotschwarze Verschwörungen zu vermuten und über eine Urteils-kritik hinaus die Institution und ihren Präsidenten als solche anzugreifen.

Tatsächlich drängen neue, stimmenstarke Parteien meist nicht aus hehren demokratietheoretischen Erwägungen in den VfGH. Vielmehr wollen sie „ihren Mann“ (seltener „ihre Frau“) dort unterbringen, gerade weil der VfGH und seine Entscheidungsfindung ebenso wichtig ist, wie sie intransparent abläuft. Damit sich der Nebel auch für die Oppositionsparteien ein wenig lichtet, haben National- und Bundesrat in den späten 1990ern Kandidatenhearings eingeführt. Jene nicht-öffentlichen Anhörungen sind nicht in der Bundes-Verfassung oder im Verfassungsgerichtshofgesetz verankert, sondern von den beiden Kammern unabhängig voneinander beschlossen. Der Bundesrat hat in seiner 620. Sitzung vom 19. Dezember 1996 erstmals den Beschluss auf Abhaltung einer Parlamentarischen Enquete gefasst, „um den Kandidaten, die sich um die Stelle eines Mitglieds des Verfassungsgerichtshofs beworben haben, die Möglichkeit zu geben, die Gründe für deren Bewerbung persönlich den Mitgliedern des Bundesrates darzulegen“. Der Nationalrat zog nach und führte im

---

<sup>98</sup> Vgl. BRÜNNECK 1992. 32 ff.

Januar 1998 sein erstes Hearing durch, als er mit der Nominierung einer Nachbesetzung an der Reihe war.

Ludwig Adamovich äußert sich diesen Hearings gegenüber ablehnend, weil sie bloß „den Bühneneffekt“ vergrößern würden und vor allem „eine Bühne für die Opposition“ seien; außerdem sei „die Optik schief, wenn Nationalrat und Bundesrat Hearings abhalten, die Regierung aber nicht.“<sup>99</sup> Doch es hat bereits Anläufe gegeben, auch für von der Bundesregierung zu nominierende Kandidaten Hearings abzuhalten. Bereits kurz nach Antritt der neuen Regierungskoalition im Jahr 2000 hatten die Abgeordneten Andreas Khol (ÖVP) und Peter Westenthaler (FPÖ) einen Antrag „zur Objektivierung des Ernennungsverfahrens bei Verfassungsrichtern“ im Nationalrat eingebracht. Dieser fand allerdings keine ausreichende Unterstützung. Im Zuge des Ortstafelstreits erneuerte Andreas Khol dieses Ansinnen und brachte am 31. Januar 2002 einen Entschließungsantrag „betreffend Organisation und Verfahren der Verfassungsgerichtshöfe in vergleichbaren demokratischen Staaten“ ein.<sup>100</sup> Der Antrag wurde zwar mit den Stimmen der Regierungsmehrheit angenommen, blieb letztlich jedoch ohne unmittelbare Konsequenz. Ebenso hielt der Österreich-Konvent (2003–2005) fest, dass sich die geltenden Regelungen im Wesentlichen bewährt hätten. Am ehesten wäre zu überlegen, „das derzeit bestehende weitgehende Vorschlagsrecht der Bundesregierung für die Ernennung von VfGH-Richtern zugunsten des Parlaments (der Bundesversammlung) einzuschränken.“<sup>101</sup> Diese Idee fand allerdings keine Umsetzung, sodass am Bestellmodus für VfGH-Richter seit der B-VG-Novelle 1994 nichts geändert wurde.<sup>102</sup>

Die geltende Regelung, welche der Bundesregierung eine breite Vorschlagskompetenz einräumt und die Macht der gesetzgebenden Körperschaften beschneidet, geht auf eine historische Situation des Zusammenbruchs des demokratischen Systems in Österreich zurück. Jene 1929 lancierte „Entpolitisierung“ errichtete die Illusion, Politik und Recht wären zwei voneinander getrennte oder zumindest trennbare Sphären und der VfGH könne als über allen niederen demokratischen Auseinandersetzungen thronendes Gericht schweben. Tatsächlich leitete diese Annullierung der parlamentarischen Gestaltungskraft eine Entdemokratisierung ein, die

<sup>99</sup> Interview mit Ludwig ADAMOVICH, 7. März 2014, Tondokument im Besitz der Autorin.

<sup>100</sup> Stenographisches Protokoll, Nationalrat, XXI GP, 92. Sitzung, S. 137 f.

<sup>101</sup> Österreich-Konvent, Endbericht, Teil 3: Beratungsergebnisse, S. 212.

<sup>102</sup> Zur Entstehungsgeschichte jener B-VG-Novelle 1994 ausführlich: EHS–NEISSER 2015.

im Mai 1933 in der Ausschaltung des VfGH durch den Austrofaschismus mündete. Hans R. Klecatsky bemerkte spitz: „Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit in jener Form wiederhergestellt, in der sie schon einmal untergegangen war.“<sup>103</sup> Es ist daher der demokratischen Republik Österreich nur angemessen, dass seit der B-VG-Novelle 1994 das Parlament seine Kandidaten wieder ohne präsidentiales Letztverfügungsrecht nominieren kann.

Ein nächster Schritt wäre die Verwirklichung der vom Österreich-Konvent angestoßenen Idee, das Vorschlagsrecht der Bundesregierung zugunsten des Parlaments einzuschränken. Außerdem wäre an die Wiedereinführung einer Parteienvereinbarung nach Proporzsystem der im Nationalrat vertretenen Parteien zu denken. Damit könnte eine Annäherung an die ursprünglich im Hinblick auf Hans Kelsens Demokratietheorie gestaltete Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen werden. Denn nach der gängigen Praxis sind – außer in Zeiten einer in Österreich eher seltenen Minderheitsregierung – die parlamentarische Mehrheit und die Bundesregierung ident. Das bedeutet, dass vor allem während der großen Koalitionen kein Unterschied im Bestellvorgang von VfGH-Richtern durch Bundesregierung und Nationalrat besteht. Es sind in beiden Fällen die Parteisekretariate von SPÖ und ÖVP, die sich um die Nachbesetzungen kümmern. Und die Frage, wer welchen vakant werdenden VfGH-Posten nachbesetzen darf, ist meist schon in den Koalitionsverhandlungen festgehalten und folgt einem informellen paritätischen Schlüssel. Die für die Bestellung von VfGH-Richtern zuständigen Organe (Nationalrat, Bundesrat, Bundesregierung) vollziehen schließlich bloß das nach, was bereits zuvor in den beiden Parteigremien beschlossen worden ist. Daher gilt bis heute und zumindest noch solange SPÖ und ÖVP die Bundesregierung stellen, was den VfGH seit 1919 prägt: dass er eher in seinem Verhältnis zu den Großparteien als zur Regierung zu verstehen ist, oder wie Theo Öhlinger es einst für die Zweite Republik formulierte: „Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher politologisch als ein Element jener Demokratie zu verstehen, die – wie in Österreich seit 1945 – von der ‚Gleichgewichtstheorie‘ Otto Bauers geprägt ist.“<sup>104</sup>

Eine Rücknahme der anderen 1929 erfolgten Änderungen des Bestellmodus, wie etwa die Wiedereinführung von Laienrichtern, steht heute nicht zur Diskussion. Aufgrund der stetig komplizierter und umfangreicher

---

<sup>103</sup> KLECATSKY 1973, 12.

<sup>104</sup> ÖHLINGER 1985, 186.

werdenden Rechtsmaterie benötigen die VfGH-Richter profunde juristische Kenntnisse, die sie meist aus ihrer langjährigen Praxis als Universitätsprofessor oder Anwalt mitbringen. Wie zum Beispiel die Erfahrungen aus dem Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein zeigen, wo lange Zeit auch Laien tätig waren, sind Nicht-Juristen ob der mangelnden Rechtskenntnis argumentativ oft in der Defensive. Norbert Wimmer, ehemals Richter sowohl am österreichischen Verfassungsgerichtshof als auch am Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein, meint, Laienrichter nie etwas Substanzielles einbringen gehört zu haben.<sup>105</sup> Abgesehen vom französischen *Conseil constitutionnel*, dem ehemalige Staatspräsidenten – die nicht zwingend ein juristisches Studium absolviert haben, wie Valéry Giscard d’Estaing und Jacques Chirac – von Rechts wegen angehören, gibt es weltweit kein mit Nicht-Juristen besetztes Verfassungsgericht mehr.

Manfried Welan sprach zwar noch 1982 vom VfGH als „aristokratischem Element“ des politischen Systems<sup>106</sup>, doch die Sozialdemokraten hatten bei der Etablierung des VfGH ohnehin eine weitere, bis heute bestehende Vorsichtsmaßnahme getroffen, um die Entstehung eines weltfremden „Juristenklubs“ zu vermeiden: Nicht nur hatten sie Nicht-Juristen zum Amt zugelassen, sondern dieses vor allem als Nebenamt ausgestaltet. Es ist ein Austriacum, dass Verfassungsrichter (auf Bundesebene) nicht hauptamtlich tätig sind. Während etwa den Richtern am deutschen BVerfG nebenher nur die universitäre Lehre gestattet ist und allein Landesverfassungsrichter ihre Urteile im Nebenberuf fällen dürfen, sind österreichische VfGH-Richter weiterhin als Anwälte oder parallel auch als Richter an anderen Gerichten wie etwa am Verwaltungsgerichtshof (VwGH) tätig. Lediglich Verwaltungsbeamte, die zu Mitgliedern des VfGH ernannt werden, müssen wegen der sonst weiter bestehenden, mit der Ausübung des Richteramtes aber unvereinbaren Weisungsgebundenheit unter Entfall ihrer Bezüge außer Dienst gestellt werden (Art. 147 Abs. 2 B-VG) und üben ihre Tätigkeit schließlich im Hauptamt aus.

Obwohl in den vergangenen Jahren immer wieder Reformen eingefordert und etwa Vorstöße zur Objektivierung des Bestellvorgangs von VfGH-Richtern unternommen wurden (zum Beispiel die Einführung von Hearings durch National- und Bundesrat), standen zwei Punkte bislang nicht zur Diskussion: Einerseits wurde nicht vorgeschlagen, den Bestellvorgang

<sup>105</sup> Vgl. Interview mit Norbert WIMMER, 24. März 2014, Tondokument im Besitz der Autorin.

<sup>106</sup> WELAN 1982, 293.

an (vermeintlich) objektive Gremien oder Berater zu übertragen. Angesichts der sonst im Zuge der Organisations- und Rechtsprivatisierung<sup>107</sup> vorherrschenden Auslagerung staatlicher Tätigkeiten und Hinzuziehung externer Berater ist diese Zurückhaltung verwunderlich, doch aus demokratiepolitischen Gründen richtig. Denn als Institution der Republik sind die Mitglieder des VfGH durch Repräsentanten der Republik zu bestellen.

Andererseits nahmen die Reformideen kaum das Wahlverfahren selbst in den Fokus: Während etwa in Deutschland durch das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit im Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter die Stellung der Opposition gestärkt und zugleich die Macht der einfachen (Regierungs-)Mehrheit gehemmt ist, reicht in Österreich eine einfache Mehrheit in National- oder Bundesrat für die Nominierung aus. Auch dieser Modus ist ein Relikt der B-VG-Novelle 1929, die ja darauf abzielte, die Macht der sozialdemokratischen Opposition zu brechen. Da die demokratiepolitische Hauptfunktion des VfGH die des Minderheitenschutzes ist, stellt ein Wahlverfahren, das selbst keinen solchen Schutz verwirklicht, ein Problem für die Demokratie dar. Schon Werner Billing hat für das deutsche BVerfG das Wahlverfahren selbst als Minderheitenschutz verstanden<sup>108</sup> und die herrschende Lehre sieht bis heute in § 6 Abs. 5 und § 7 BVerfGG, wonach im Wahlausschuss acht von zwölf Stimmen und im Bundestag zwei Drittel für die Richterwahl nötig sind, die einzige inhaltliche Garantie gegen eine parteipolitisch einseitige Zusammensetzung des BVerfG.

In Deutschland werden lediglich einige Landesverfassungsrichter mittels einfacher Mehrheit durch den Landtag gewählt. Eine in den 1990ern an das BVerfG herangetragene Verfassungsbeschwerde monierte am Beispiel des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs diese Art der Wahl als „verfassungsrechtlich bedenklich, weil sie geeignet sei, Einfluß auf die richterliche Unabhängigkeit auszuüben. [...] Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, daß der Bayerische Verfassungsgerichtshof auch für ‚politische‘ Verfahren zuständig sei, sei es erforderlich, daß die Richter mit einer qualifizierten Mehrheit gewählt würden.“ Das BVerfG erkannte jedoch: „Verfassungspolitisch mag es zwar wünschenswert sein, Stellung, Ansehen und demokratische Legitimation der Verfassungsrichter durch eine Wahl mit qualifizierter Mehrheit, etwa mit der für die Wahl der

---

<sup>107</sup> Näher hierzu etwa LACHMAYER 2013.

<sup>108</sup> Vgl. BILLING 1969, 98.

Bundesverfassungsrichter in § 6 Abs. 5, § 7 BVerfGG vorgeschriebenen Zweidrittelmehrheit, zu stärken. Von Bundesverfassungsrechts wegen ist eine qualifizierte Mehrheit jedoch nicht geboten. [...] Die für das Amt des Verfassungsrichters notwendige demokratische Legitimation wird – wie bei anderen Wahlen – auch durch eine Wahl mit einfacher Mehrheit ausreichend vermittelt. Akzeptanz in der Öffentlichkeit, Amtsverständnis und Wahrnehmung (auch verfassungs)richterlicher Funktionen sind nicht von bestimmten Mehrheiten bei der Richterwahl, sondern vom Selbstverständnis des Richters, von seiner inneren Integrität und von der Art seiner Amtsführung abhängig.“<sup>109</sup>

Österreich scheint sich dieser Auffassung bis auf Weiteres anzuschließen. Zwar haben Heinrich Neisser, Gernot Schantl und Manfred Welan bereits 1972 die Möglichkeit der Wahl von VfGH-Richtern durch die Bundesversammlung (Nationalrat und Bundesrat) mit Zweidrittelmehrheit vorgeschlagen und demokratietheoretisch begründet („Die Bestellung durch die Bundesversammlung mit Zweidrittelmehrheit wäre, soziologisch gesehen, ‚kontinuitätskonform‘. Sie entspräche den Verhaltensmustern unserer politischen Kultur. Rechtlich läge eine Abwertung des Bundespräsidenten und der Bundesregierung und eine Aufwertung der Bundesversammlung vor, damit verbunden indirekt eine Aufwertung des Nationalrats, des Bundesrats und der großen Opposition.“<sup>110</sup>) und Hans Klecatsky hat diesen Vorschlag 1974 aus Anlass der Kontroverse um die Bestellung von VfGH-Richter Piska aufgenommen<sup>111</sup>, aber er wurde nie in die Tat umgesetzt. 1994 gab sich die SPÖ mit der Abwertung des Bundespräsidenten zufrieden und wiederum zehn Jahre später befand der Österreich-Konvent, dass sich der Bestellvorgang bewährt habe.

Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die nur einfache Mehrheit, die für die Nominierung bislang reicht, in der österreichischen Praxis der SPÖ-ÖVP-Koalitionen weiterhin diesen beiden Parteien ihre Vormachtstellung bei der VfGH-Richterbestellung sichert. Wie schon 1973 scheint man konform zu gehen, dass es hinreichend ist, „daß sich zumindest die großen politischen Parteien über den Namen des jeweils zu Nominierenden

<sup>109</sup> BVerfG, 1 BvR 2470/94 vom 23. 07. 1998, Absatz-Nr. (1–50).

<sup>110</sup> NEISSER–SCHANTL–WELAN 1968.

<sup>111</sup> Vgl. KLECATSKY 1974, 940.



einigen müssen.<sup>112</sup> Die Forderung nach einer gravierenden Änderung in Auswahl und Bestellverfahren von VfGH-Richtern ist demnach erst für jenen Zeitpunkt zu erwarten, an dem sich SPÖ und ÖVP nicht mehr als Großparteien verstehen können und/oder selbst in Opposition stehen und damit von der VfGH-Richterbestellung ausgeschlossen sind.

## **Minderheits- und Sondervotum**

Der VfGH gewinnt durch die Normgebundenheit des Verfahrens und durch die Offenheit des Verfahrensausganges Legitimation und Anerkennung sowohl seitens der anderen beiden Gewalten als auch seitens des Volkes. Da jedes Verfahren selbst einem legitimen, das heißt in einem demokratischen Prozess erzeugten rechtlichen Rahmen unterliegt, kann es grundsätzlich von allen Normunterworfenen akzeptiert werden. Zudem sind die Richter parteipolitisch-großkoalitionär bestellt, handeln also in einem sozialpsychologischen Verfahrenskontext, der Manfred Welan und Alfred Noll zufolge dem der Sozialpartnerschaft entspricht, quasi „Klassenkampf am grünen Tisch, allerdings in Richterroben“.<sup>113</sup> Doch was einerseits und lange Zeit zu einer erhöhten Legitimation beitrug, ist andererseits und vor allem in jüngerer Zeit auch Quell von Unstimmigkeiten. Die in Politik und Medien artikulierten Streitpunkte spiegeln nicht protokollierte aber angenommene Unstimmigkeiten in den VfGH-Urteilsberatungen wider. Denn VfGH-Richter haben seit dem Wandel in der Grundrechtsjudikatur immer öfter Fälle zu entscheiden, die weltanschauliche, also im Kern „politische“ Fragen betreffen. Zwar gehen den wenigsten Erkenntnissen ideologisch kontroverse Diskussionen voraus; viel öfter sind die Meinungsverschiedenheiten methodologisch-juristischer Natur, und die überwiegende Mehrzahl der Entscheidungen fällt nach Auskunft aller in meiner Studie befragten VfGH-Richter ohnehin einstimmig. Allerdings gibt es immer wieder Grundrechtsentscheidungen zu fällen und Güterabwägungen zu treffen, bei der die lagermäßige Gebundenheit eines oder mehrerer Richter zum Tragen kommen könnte. Ludwig Adamovich meint hierzu: „Im Verfassungsgerichtshof kann man nicht parteipolitisch oder sonstwie ideologisch

---

<sup>112</sup> Wortmeldung des Abg. Leopold GRATZ, Stenogr. Pr. des Nationalrates, XIII. GP, 64. Sitzung, 14. Februar 1973, 5925.

<sup>113</sup> WELAN–NOLL 1997, 168.

argumentieren, sondern nur juristisch. Mit einigem Geschick kann man aber ideologische Zielsetzungen [mit – Erg. d. Red.] juristischen maskieren. Eine Verfassungswidrigkeit nicht anzunehmen, kann auch ideologisch motiviert sein, denn es ist durchaus nicht immer klar, ob man es mit einer Verfassungswidrigkeit zu tun hat, weil vor allem die Grundrechte allgemeiner formuliert sind als einfachgesetzliche Bestimmungen.<sup>114</sup> Die infolge des Auswahlverfahrens auch noch nach der erfolgten Bestellung den beiden Parteien SPÖ und ÖVP (angeblich) zurechenbaren Richter stehen laut jenen Beobachtern, die in die *black box* der VfGH-Urteilsberatung keinen Einblick haben und daher zu Spekulationen gezwungen sind, dann im Verdacht, das Erkenntnis in die eine oder andere Richtung zu beeinflussen.

Der VfGH entscheidet als Kollegialorgan und spricht nach außen mit einer Stimme, was unter anderem zum Ziel hat, das Verfahren zu entpersonalisieren und damit auch die richterliche Unabhängigkeit zu erhöhen.<sup>115</sup> Das Verfahren lässt deshalb weder eine öffentliche Urteilsberatung noch ein Sondervotum zu. Angesichts der veränderten Spruchpraxis in Richtung einer stärkeren Werteorientierung gerät der VfGH aber nun unter erhöhten Rechtfertigungsdruck gegenüber den anderen beiden Gewalten und auch gegenüber den Bürgern. Da er maßgebliche Wertentscheidungen trifft, steht er vermehrt im Fokus des öffentlichen Interesses; und die einzelnen Richter sind aufgrund des parteipolitisch geprägten Auswahl- und Bestellmodus Spekulationen über ihr Abstimmungsverhalten ausgesetzt. Dies war im Rahmen einiger Erkenntnisse zur steuerlichen Absatzbarkeit der Fall, zum Beispiel beim sogenannten Heiratsguterkenntnis (VfSlg 11.368/1987), das seitens der politischen Parteien Reaktionen wie „Klassenjustiz“ oder „konservative Neben- und Gegenregierung“<sup>116</sup> auslöste. Wenig später folgte ein VfGH-Erkenntnis zur steuerlichen Absetzbarkeit von Unterhaltsleistungen für Kinder, das sogenannte Familienbesteuerungserkenntnis (VfSlg 12.940/1991); die öffentliche Kritik fiel wiederum ungewöhnlich heftig aus.<sup>117</sup> Ludwig Adamovich berichtet, dass der VfGH damals in einem „Glaubenskrieg“ zwischen SPÖ und ÖVP zu entscheiden hatte.<sup>118</sup> Denn der Absetzbetrag kam nur jenen zugute, die viel Steuern zahlten,

<sup>114</sup> ADAMOVICH 2011, 81.

<sup>115</sup> Zur Diskussion dieses Arguments siehe etwa LAFFRANQUE 2003.

<sup>116</sup> Reaktionen wiedergegeben bei ADAMOVICH 1988.

<sup>117</sup> Vgl. KORINEK 1992.

<sup>118</sup> Interview mit Ludwig ADAMOVICH, 7. März 2014, Manuskript im Besitz der Autorin.

und benachteiligte alle anderen. Während die SPÖ darauf pochte, dass jedes Kind gleich viel wert sei, ging die ÖVP vom steuerlichen Leistungsgedanken aus. Dieser ideologische Graben zog sich versetzt mit juristischen Argumenten auch durch den VfGH, der schließlich – wie damals durchsickerte – nicht einstimmig entschied.

Die erwähnten Erkenntnisse bildeten für die SPÖ den Anlass, eine Änderung der VfGH-Verfahren zu beantragen. Um den Erkenntnisprozess des VfGH transparenter zu gestalten, nahm man in den 1990ern jene Diskussion wieder auf, die einst von Hans R. Klecatsky begonnen<sup>119</sup>, dann mit Nachdruck in den Demokratisierungsbestrebungen der 68er-Bewegung geführt und von Heinrich Neisser, Gernot Schantl und Manfred Welan<sup>120</sup> wissenschaftlich befürwortet worden war: die Einführung eines Sonder- oder Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof.

Schon im Mai 1992 schickte der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes (SPÖ-Kanzler Franz Vranitzky) den Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung des Verfassungsgerichtshofgesetzes in Begutachtung; darin war auch die Möglichkeit eines Sondervotums enthalten. Dem § 26 VfGG sollte als Abs. 3 hinzugefügt werden: „Ein Stimmführer des Verfassungsgerichtshofs kann seine in der Beratung abweichende Meinung zum Erkenntnis oder zu dessen Begründung in einem Sondervotum festhalten, das der schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses anzuschließen ist.“<sup>121</sup> Sektionschef im Bundeskanzleramt und Unterfertiger des Gesetzesentwurfs war der heutige VfGH-Präsident Gerhart Holzinger. In den Erläuterungen wurde auf das rechtswissenschaftliche befürwortende Schrifttum (Klecatsky, Neisser, Schantl, Welan, Pichler, Mayer, Noll, Öhlinger) und rechtsvergleichend auf das angloamerikanische Rechtssystem, den EGMR, den IGH sowie auf das BVerfG hingewiesen. Als Begründung führte der Entwurf an, dass das Sondervotum „geeignet ist, die Mehrheit der Stimmführer eines Kollegialorgans von einer Übergehung gewichtiger Argumente anderer Mitglieder abzuhalten, wodurch die Rationalität der Entscheidung erhöht würde. Weiters wird auf die Bedeutung einer offenen Willensbildung der Entscheidungsträger, besonders einer Offenlegung von Wertungen, in einem demokratischen System hingewiesen.“ Der Gesetzesentwurf war

---

<sup>119</sup> Vgl. KLECATSKY 1967.

<sup>120</sup> Vgl. NEISSER–SCHANTL–WELAN 1968. WELAN 1971.

<sup>121</sup> Vgl. Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Verfassungsgerichtshofgesetz geändert wird (GZ 601.444/5-V/1/92).

bis September 1992 in Begutachtung. Obwohl die abgegebenen, nicht sehr zahlreichen Stellungnahmen (GZ 601.444/6-V/1/92) überwiegend positiv ausfielen, wurde der Entwurf niemals Gesetz. Denn die Koalitionspartnerin ÖVP und auch der VfGH hatten sich dagegen ausgesprochen; die ÖVP erblickte in der Gesetzesvorlage des BKA eine Anlassgesetzgebung, weil der VfGH in den vergangenen Monaten parteipolitisch umstrittene Entscheidungen gefällt hatte (v. a. das Familienbesteuerungserkenntnis, VfSlg 12.940/1991), die der SPÖ ungelegen kamen, und auch der VfGH hielt in seiner knappen Stellungnahme den Zeitpunkt für eine Diskussion über die Einführung eines Sondervotums deshalb für ungeeignet.

Die Diskussion um das Sondervotum flammte erst wieder auf, als der VfGH neuerlich in Fragen der Familienbesteuerung (VfSlg. 14.992/1997) zu urteilen hatte.<sup>122</sup> Dieses Erkenntnis wurde seitens der SPÖ, der Grünen und des Liberalen Forums stark kritisiert, von der ÖVP jedoch begrüßt. Umgehend forderte allen voran die SPÖ eine Verfassungsreform, die allerdings – wie schon 1992 – zu sehr mit dem Geruch der richterlichen Disziplinierung behaftet war, als dass sie in der großen Koalition durchführbar gewesen wäre. Jedoch fand am 16. Oktober 1998 auf Antrag von Abgeordneten der SPÖ eine parlamentarische Enquete zum Thema statt.<sup>123</sup>

Im Zentrum der Erörterungen, die einen Vergleich mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem schweizerischen Bundesgericht enthielten, stand die Frage, ob die Einführung eines Sondervotums mehr Transparenz und damit mehr Demokratie zur Folge hätte. Jutta Limbach, damals Präsidentin des BVerfG, sprach sich für die *dissenting opinion* nach dem Vorbild Deutschlands aus, wo diese Möglichkeit im Jahre 1970 eingeführt worden war. Sie führte als Argument an, dass die Publikation von Sondervoten entgegen der landläufigen österreichischen Meinung weder dem Ansehen noch der Autorität schade. Im Gegenteil würde die Öffentlichkeit dadurch nachvollziehen können, dass es keine systematischen Blockbildungen von Richtern einer bestimmten politischen Richtung gäbe. Peter Alexander Müller, damals Präsident des Schweizer Bundesgerichts, sprach sich im Sinne des Demokratieverständnisses für die öffentliche Urteilsberatung aus. Ludwig Adamovich, zu jener Zeit Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, erinnerte, dass sich die Tätigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit im staatspolitischen Raum bewegt und

---

<sup>122</sup> Vgl. NOLL 1998.

<sup>123</sup> Vgl. III-151 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, XX. GP.

Wertungen sich zwangsläufig an der Schnittstelle zwischen dem politischen und dem juristischen Bereich befinden. Die in jener Enquete angeführten Pro-Argumente basierten stets auf demokratietheoretischen Überlegungen. Im Mittelpunkt stand die Transparenz- und Aufklärungsfunktion, um der Öffentlichkeit zu zeigen, dass der VfGH nicht in politischen Fraktionen entscheidet, obwohl es sich gewiss um eine politische Einrichtung handle und politikfreie Rechtsprechung ein Trugbild sei. Die Gegenargumente gründeten auf Erwägungen hinsichtlich eines Verlusts an Autorität und Rechtssicherheit bei gleichzeitiger Arbeitsüberlastung und gaben zu bedenken, ob hinter dem Wunsch nach mehr Transparenz nicht doch jener nach politischer Disziplinierbarkeit der einzelnen VfGH-Richter stecke. Außerdem wurde ins Treffen geführt, dass es doch eher interessant wäre, zu wissen, wie eine Mehrheit und damit ein Erkenntnis zustande kommt, als zu wissen, wie sich der Unterlegene fühlt. Nur Letzterer würde mit der Einführung eines Sondervotums erfasst. Der Gesetzgeber sah schließlich von der Einführung eines Minderheitsvotums ab, weil es die VfGH-Richter selbst – einerseits aus Gründen der Arbeitsüberlastung eines ja nur nebenamtlich tätigen Gerichtshofs und andererseits aus Sorge vor einem Autoritäts- und damit Rechtssicherheitsverlust jeder nicht einstimmig getroffenen Entscheidung – ablehnten.

Ein VfGH-Richter, der der Publikation von Sondervoten jedoch schon 1998 eher positiv gegenüberstand, ist Kurt Heller. Er erachtet die Veröffentlichung einer *dissenting opinion* zwar noch immer grundsätzlich für nicht notwendig, weil die abweichende Meinung zwar überstimmt, aber dennoch ins gemeinsame Urteil eingebunden würde. Sie hätte aber einen gewichtigen Vorteil, nämlich die transparente Botschaft gegenüber der Öffentlichkeit, dass nicht parteipolitisch abgestimmt werde. Heller berichtete, zu Beginn seiner Tätigkeit am VfGH aus wissenschaftlichem Interesse eine heimliche Liste geführt zu haben, um allfällige Allianzen zu erkennen, wer zumeist mit wem stimmte; er musste oder durfte sich allerdings eingestehen, hierbei keine systematischen politischen Blockbildungen feststellen zu können.<sup>124</sup> Manfred Welan und Alfred Noll fassen das politische Moment der Verfassungsrichter so: „Ohne Zweifel gibt es weltanschaulich und lagermäßig gebundene Verfassungsrichter. Aber die Bestellungsmodalität (hohe Altersgrenze), der Korpsgeist und nicht zuletzt der ausgeprägte Rechtspositivismus haben dazu geführt, daß das Gericht

---

<sup>124</sup> Interview mit Kurt HELLER, 4. Februar 2014, Tondokument im Besitz der Autorin.

ein hohes Maß von Autonomie gegenüber aktuellen politischen Strategien entwickelt hat.<sup>125</sup>

Auch der Österreich-Konvent hat sich mit der Frage der *dissenting opinion* befasst.<sup>126</sup> Der Vorschlag ihrer Einführung war allerdings nicht mehrheitsfähig. Als Pro-Argument wurde zwar vorgebracht, dass durch die Möglichkeit eines einzelnen Richters zum Ausscheren aus der Mehrheitsmeinung die Persönlichkeit dieses Richters und dadurch letztlich auch seine Unabhängigkeit gestärkt werden könne. Außerdem könne die *dissenting opinion* für die Rechtsentwicklung wichtig sein und Anstöße zu Judikaturänderungen geben, schließlich würde sie zu einer treffsichereren Argumentation und Begründung beitragen. Doch die Gegenargumente überwogen: Insbesondere wurde ins Treffen geführt, dass der beste Garant für die Unabhängigkeit der VfGH-Richter deren unbefristete Bestellung sei und dass sich die Richter schon aufgrund des Zeitfaktors von jedem politischen Naheverhältnis emanzipieren würden; einer *dissenting opinion* bedürfe es dafür gar nicht. Schon allein aus diesem Grund sei ebenso die etwa von der SPÖ geforderte Befristung der Amtsdauer von VfGH-Richtern<sup>127</sup> abzulehnen. In Kombination mit der Einführung eines Sondervotums wäre die Befristung rechtsstaatlich höchst problematisch. Hinzu komme schließlich, dass der Beratungsprozess die Meinung des Dissenters in processu benötige, um zu einer besseren und treffsicheren Argumentation und Begründung beitragen zu können.

Mit der ablehnenden Haltung seitens des Österreich-Konvents – die vielleicht auch mit dem damals noch präsenten Ortstafelkonflikt in Verbindung stand – stand die Debatte um die Einführung eines Minderheitsvotums nicht mehr auf der Agenda, zumal diese Reform auch eine größere Organisationsänderung erfordern würde, etwa durch die Einführung der Hauptberuflichkeit oder von zwei Senaten. Nicht von der Hand zu weisen ist jedoch, dass demokratiepolitische Erwägungen nach wie vor für die Einführung eines Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof sprechen. Als das deutsche BVerfG im Jahre 1970 das Minderheitsvotum einführte, standen Argumente für ein offenes und damit ebenso öffentliches Verfassungsverständnis im Vordergrund. Denn nach Peter Häberle sind Verfassungsgerichte lediglich Co-Interpreten (und daher auch nur

<sup>125</sup> WELAN–NOLL 1997, 168.

<sup>126</sup> Vgl. Österreich-Konvent, Endbericht, Teil 3: Beratungsergebnisse, S. 211.

<sup>127</sup> Vgl. Entwurf für das neue Programm der österreichischen Sozialdemokratie, Wien 1995.

Co-Hüter) der Verfassung, haben aber kein Monopol auf ihre Konkretisierung. Vielmehr sind es in der offenen, demokratischen Gesellschaft auch die Normunterworfenen selbst, die zur Verfassungsinterpretation aufgerufen sind und die auf diesem Wege aus der Verfassung politische Inhalte schöpfen.<sup>128</sup> Nur ein offenes Verfassungsverständnis ist der Demokratie und ihrer pluralistischen, der Kompromissuche verpflichteten Grundlage angemessen. Hierbei wird Verfassung als öffentlicher Prozess verstanden und die Einrichtung eines Sondervotums folglich als positivrechtliches verfassungsprozessuales Argument angeführt. Deshalb ist gerade aus der Machtperspektive der politikwissenschaftlichen Analyse die *dissenting opinion* zu befürworten. Sie fungiert als Machtkontrollinstrument, indem sie den VfGH transparenter macht. Versteht man die Verfassung und ihre Interpretation als Teil der offenen Gesellschaft, so ist der VfGH ein „Bürgergericht“ im Sinne einer politischen Einrichtung des *citoyen*; und die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ geht von der Kompetenz jedes Bürgers aus, sein Gericht der *res publica* zu beurteilen (etwa in Leserbriefen, in Internetforen, Blogs etc.).<sup>129</sup>

Wo 14 Richter bislang im Geheimen über das Wirken von 183 Abgeordneten entscheiden und hierbei auch politisch gestaltend tätig werden, ist eine möglichst hohe Rationalität der Entscheidung gefordert. In der Literatur wird ergänzend darauf hingewiesen, dass gerade die Möglichkeit des Sondervotums zu einer besseren Urteilsbegründung führe, selbst dann, wenn schlussendlich keine *dissenting opinion* formuliert werde. Die abweichende Meinung geht also in keinem Fall verloren, sondern fließt bestenfalls in ein gemeinsames Urteil ein und artikuliert sich nur dann öffentlich, wenn sie im Urteil selbst keine Berücksichtigung findet.<sup>130</sup> Wenn nun die Mehrheit der VfGH-Richter es sich gefallen lassen müsste, dass die von ihr vertretene Position auch an der oder den in der Minderheit gebliebenen Ansichten gemessen wird, wäre sie umso mehr gezwungen, auf die Plausibilität und Rationalität ihrer „Machtausübung durch Richterspruch“ zu achten. Somit fände eine Kontrolle durch die interessierte Öffentlichkeit statt.<sup>131</sup> Insbesondere solange oder wenn das Auswahlverfahren der Richterbestellung nicht reformiert wird, könnte die Veröffentlichung von Sondervoten – gerade

---

<sup>128</sup> Vgl. HÄBERLE 1975.

<sup>129</sup> Vgl. HÄBERLE 1978, 155 ff.

<sup>130</sup> Vgl. KELEMEN 2013, 1364 ff.

<sup>131</sup> Vgl. STÖGER 2007, 57.

in strittigen Grundrechtsfragen, die nicht nur juristischen Überlegungen, sondern auch ideologischen Wertungen unterliegen – einen Beitrag zum offenen Verfassungsverständnis leisten. Das Beispiel BVerfG verdeutlicht, dass die abweichende Meinung „in der Zeitachse betrachtet ein herausragendes Instrument für die Ankündigung und Durchsetzung von Wandel bzw. für das Beharren auf Tradition [ist]. Denn sie führt zur Konfrontation von Argumenten statt zu ihrer Verschleierung.“<sup>132</sup>

Karl Stöger erstellte 2007 einen umfassenden, auch historischen Überblick über die Für- und Widerargumente in der bereits jahrzehntealten Diskussion um die *dissenting opinion* und zeigte, dass die Mehrzahl der Stellungnahmen zur Einführung eines Sondervotums über lange Jahre hinweg positiv war.<sup>133</sup> Sollte es trotzdem (noch lange) nicht zur Zulassung der abweichenden Meinung kommen, wäre alternativ (oder auch ergänzend) das schweizerische Vorbild der öffentlichen Beratung als mögliche Lösung heranzuziehen. Hans Kelsen sprach sich bereits 1928 bei der Wiener Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer für die Öffentlichkeit der Urteilsberatung am VfGH aus.<sup>134</sup> Hans Klecatsky wiederholte diese Forderung 1974 und erweiterte sie um die Öffentlichkeit der Abstimmung: „Im Interesse der Transparenz der Entscheidungsmotivation und zur Sicherung der vollständigen Berücksichtigung des Parteienvorbringens wäre – soweit nicht schutzwürdige Interessen von Einzelpersonen entgegenstehen – für die Beratungen und Abstimmungen des Verfassungsgerichtshofs Öffentlichkeit verfassungsgesetzlich vorzuschreiben.“<sup>135</sup> Denn nicht nur sind die Entscheidungsbegründungen des VfGH meist recht knapp gefasst, vor allem inkludieren Topoi wie „Sachlichkeit“ oder „Verhältnismäßigkeit“ empirische Hypothesen und jedenfalls Wertungen, die selten offen gelegt und noch seltener wissenschaftlich begründet werden. Gerade beim Topos des „öffentlichen Interesse“ und der „sachlichen Rechtfertigung“ greift der VfGH meist nur auf die eigene Vorjudikatur zurück und blendet Begründungen regelmäßig aus.<sup>136</sup> Über der Entscheidungsfindung liegt der „Schleier des Beratungsgeheimnisses“<sup>137</sup>; nicht einmal das Stimmenverhältnis wird offengelegt. Damit wird eine Fiktion der Eindeutigkeit

<sup>132</sup> HÄBERLE 1980, 77.

<sup>133</sup> Siehe STÖGER 2007, 54 f.

<sup>134</sup> Vgl. KELSEN 1929, 77.

<sup>135</sup> KLECATSKY 1974, 942.

<sup>136</sup> Vgl. ÖHLINGER 2013, 253.

<sup>137</sup> KRANENPOHL 2010.



von Rechtsnormen aufrechterhalten, obwohl es doch stets mehr als nur eine mögliche Interpretation gibt. Nach Hans Kelsen bildet diese Fiktion zwar die Grundlage für das „Ideal der Rechtssicherheit“, doch können hinter dem Schleier politische Werturteile als wissenschaftliche Wahrheit beziehungsweise als rechtliche Notwendigkeit legitimiert werden<sup>138</sup> – was letztlich der Demokratie zuwiderläuft.

Ob man sich nun für die Offenlegung von Minderheitsvoten oder gar für die Öffentlichkeit der Urteilsberatung und Abstimmung entscheidet, in jedem Fall würden die einzelnen VfGH-Richter, die bislang nur einem kleinen Kreis bekannt sind, obwohl sie eine gewichtige politische Rolle im Gefüge der Republik spielen, aus der Anonymität geholt. Die Öffentlichkeit würde wissen, wer (auch) und aufgrund welcher (Wert-)Entscheidungen jene Rechtsordnung gestaltet, der sie unterworfen ist, zumal der VfGH Mitte der 1980er Jahre begonnen hat, seinen *judicial self-restraint* zu verringern und vor allem durch einen grundlegenden Wandel der Grundrechtsinterpretation „die Schranken für den Gesetzgeber im Sinne dieser Grundrechte enger zu ziehen“, wie Heinz Schäffer hinsichtlich der neuen Rollenverteilung zwischen VfGH und Gesetzgeber analysiert.<sup>139</sup> Autorität beruht nicht auf Anonymität. Manfred Welan und Alfred Noll merken mit Blick auf die österreichische oberflächliche Konsenskultur treffend an: „Genau so wie die politischen Parteien in Österreich meinen, ihre Stärke hinge auch von der nach außen hin demonstrierten Einigkeit ab, meint auch der VfGH, der Anschein von Einstimmigkeit fungiere als relative Richtigkeit und dispensiere zumindest die Mitglieder von der demokratischen Pflicht zur kritischen Beurteilung der Entscheidung.“<sup>140</sup>

Österreich befindet sich heute mit der Ablehnung des Sondervotums in Europa in der Minderheit. Zuletzt hat Litauen (2008) die *dissenting opinion* eingeführt, sodass nunmehr neben Österreich nur noch Belgien, Frankreich, Italien und Luxemburg ihren Verfassungsrichtern die Veröffentlichung einer abweichenden Meinung untersagen. In Spanien dürfen gar alle Richter, auch jene der gewöhnlichen Gerichte, Sondervoten publizieren. Katalin Kelemen gibt einen rechtsvergleichenden Überblick über die unterschiedliche Art und Weise der Ausgestaltung und Verwendung von Sondervoten an europäischen Gerichtshöfen und entlarvt damit das

---

<sup>138</sup> Vgl. Kelsen 1934/1960, 353.

<sup>139</sup> Schäffer 1998, 122.

<sup>140</sup> Welan–Noll 1997, 171.

Argument, die abweichende Meinung wäre dem kontinentaleuropäischen Rechtssystem fremd, weil mit ihm inkompatibel, als Mythos.<sup>141</sup> Der Impuls zur Einführung eines Minderheitsvotums oder der öffentlichen Urteilsberatung müsste allerdings aus dem VfGH selbst kommen. Dieser hat sich seiner grundsätzlich reaktiven und unpolitischen Selbstwahrnehmung gemäß bislang aber mehrheitlich für die Beibehaltung des Status quo ausgesprochen. Erst ein Kulturwandel durch eine neue Richtergeneration könnte wieder Schwung in die Debatte bringen. Statt auf Öffentlichkeit setzt der VfGH bislang auf Öffentlichkeitsarbeit.

### **Öffentlichkeit(sarbeit)**

Der VfGH hat seine Rolle seit den 1980ern prägnanter als zuvor erfüllt und ist damit stärker in den Fokus der journalistischen politischen Berichterstattung gerückt. Dadurch kommt nunmehr auch die zweite Seite der Verfassung als „Rechtfertigungsrecht“<sup>142</sup> zum Tragen: Nicht mehr nur Legislative und Exekutive müssen sich gegenüber dem VfGH, das heißt: gegenüber der Verfassung, rechtfertigen, sondern der VfGH selbst kommt gegenüber den anderen beiden Gewalten und nicht zuletzt gegenüber der Öffentlichkeit unter Rechtfertigungsdruck. Lange Zeit wirkte der VfGH weitgehend im Verborgenen und Entscheidungen wurden nur dann von Journalisten aufgenommen, wenn sie einen Skandal beinhalteten. Das erste Fernsehinterview mit einem VfGH-Präsidenten fand gar erst 1987 statt<sup>143</sup> und die VfGH-Mitglieder waren überwiegend der Meinung, dass ein Höchstgericht die Öffentlichkeitsarbeit überhaupt unterlassen sollte.<sup>144</sup> Damit überließ der VfGH die Berichterstattung über ihn jedoch dem Zufall und konnte journalistisch missverständliche Wiedergaben seiner Erkenntnisse kaum beeinflussen. Dies ist nicht nur grundsätzlich demokratiepolitisch problematisch, sondern vor allem dann, wenn Urteilskritik in Institutionenkritik umschlägt.

Deshalb wurde in den 1990ern allmählich die Anstellung eines eigenen Pressereferenten erwogen, aber noch nicht verwirklicht. 1997 begann

---

<sup>141</sup> Vgl. KELEMEN 2013.

<sup>142</sup> WIETHÖLTER 2003.

<sup>143</sup> WELAN–NOLL 1997, 167.

<sup>144</sup> Vgl. HELLER 2010, 474 f.

VfGH-Präsident Ludwig Adamovich, vor (!) den Sessionen Pressekonferenzen abzuhalten, und ließ hierfür im selben Jahr auch eine Website ([www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at)) einrichten. Der Streit um das Ortstafelerkenntnis während der ÖVP-FPÖ-Regierung, unter dem auch der VfGH als Institution zu leiden hatte, und seine Zuspitzung auf einen persönlichen Konflikt zwischen Ludwig Adamovich und Jörg Haider veranlasste den scheidenden gemeinsam mit dem neuen VfGH-Präsidenten, Karl Korinek, im Februar 2003, als eine der ersten Amtshandlungen einen Mediensprecher zu ernennen. Im Jahresbericht hielt man fest: „Es bedarf daher – vor allem zur Vermeidung von Missverständnissen in der medialen Berichterstattung – weiterer Schritte, um Transparenz und größtmögliche Nachvollziehbarkeit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu gewährleisten. Darüber hinaus gilt es, Informationsdefizite über die Bedeutung der Verfassung als Legitimationsgrundlage der pluralistischen Demokratie und der Verfassungsgerichtsbarkeit als Garanten der Einhaltung der Verfassung zu beseitigen und vermehrt über die Aufgaben des Verfassungsgerichtshofs und seine Arbeit zu informieren.“<sup>145</sup> Korinek ernannte einen Journalisten aus der Redaktion der Wochenzeitschrift *News* zum hauptberuflichen Medienvertreter des VfGH, der für den Kontakt zwischen VfGH und Öffentlichkeit sorgte; seit Mai 2014 ist der VfGH gar auf Twitter vertreten. Laut Kurt Heller sank die Zahl unrichtiger Darstellungen über den VfGH merklich, weil Journalisten nun einen Ansprechpartner haben.<sup>146</sup>

## Conclusio

Schon in der Ersten Republik fungierte der VfGH als Mittler zwischen den beiden Großparteien, als Schiedsrichter zwischen Rot und Schwarz. Besonders in der Zweiten Republik, als SPÖ und ÖVP in großen Koalitionen regierten, kam ihm eine Rolle zu, die sich durchaus mit den Einrichtungen der Sozialpartnerschaft „als spezifische Ausgliederung“ strittiger Fragen, somit als „Systemstabilisierung durch Eliminierung konfliktbelasteter Normen“<sup>147</sup> deuten lässt. Und wie die Leitungsebenen etwa der verstaatlichten Industrie wurde auch der VfGH (bis 1973 weitestgehend und von

---

<sup>145</sup> Bericht des Verfassungsgerichtshofs über seine Tätigkeit im Jahre 2002, S. 13.

<sup>146</sup> Vgl. HELLER 2010, 547.

<sup>147</sup> WELAN 1982, 281.

da an exakt) paritätisch besetzt, sodass man darauf vertrauen konnte, dass eine konkordante Lösung gefunden würde. So wurde etwa in diesem Sinne anlässlich der Budgetverhandlungen für das Jahr 1962 innerhalb der Bundesregierung mit Beschluss vom 11. Oktober 1961 vereinbart, dass man die strittige Frage, inwieweit die Budgethoheit des Parlaments durch Ermächtigungen, die alljährlich in diesem Zusammenhang an den Finanzminister erteilt werden, eingeschränkt werden könne, vor den VfGH bringe. Man bewog das Bundesland Wien, die entsprechenden Bestimmungen beim VfGH anzufechten, was eine abstrakte Normenkontrolle auslöste.<sup>148</sup> Die Selbstverständlichkeit und Offenheit, mit der solch eine koalitionäre Vereinbarung getroffen wurde, zeigt, wie sehr der VfGH sowohl als parlamentarisches Hilfsorgan als auch als Pufferzone zwischen den Parteien bereits systemisch angelegt ist.

Bis heute werden vor allem weltanschauliche Streitpunkte gerne an den VfGH ausgelagert, wie zum Beispiel die Entscheidung über Samenspenden für lesbische Paare (G16/2013 u. a.). Der VfGH agiert dann als Pufferzone, damit sich weder SPÖ noch ÖVP ideologisch deklarieren müssen und dadurch ihre Koalition gefährden. Diese Rolle wird dem VfGH noch verstärkt zugeschrieben, seit durch die Veränderungen in der österreichischen Sozialstruktur die traditionellen Parteibindungen zerfallen und durch die Etablierung neuer Parteien die Mitglieder- und Wählerbasis der beiden ehemaligen Großparteien schrumpft.<sup>149</sup> Da es heute in Österreich kein striktes Klassen-Cleavage mehr gibt, positionieren sie sich nun als Catch-all-Parteien, als Volksparteien, die grundsätzlich für Menschen aller gesellschaftlichen Schichten und unterschiedlicher Weltanschauungen offen und somit wählbar sind. Damit geht – zumindest nach außen und vor allem an den Parteispitzen – ein Ideologieverlust einher. SPÖ und ÖVP schieben weltanschauliche Grundsatzfragen gerne vor sich her und nach Möglichkeit dem VfGH zu, entweder indem sie einen Anlassfall abwarten oder die Entscheidung durch unklare (oder schlampige) Gesetzgebung indirekt an den VfGH delegieren. Bernd-Christian Funk spricht in diesem Zusammenhang von „vorsatznahen legistischen Unfällen“.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> VfSlg 4340, Erkenntnis vom 19. Dezember 1962, G1, 2/62.

<sup>149</sup> Zu den gravierenden Veränderungen im österreichischen Parteiensystem siehe MÜLLER 2000.

<sup>150</sup> FUNK, zit. n. AICHINGER–WEISER 2014.

Angesichts der steten Verrechtlichung und Zunahme von Normen ist diese in Kauf genommene Justizialisierung eigentlich politisch auszutragender Entscheidungen demokratiepolitisch höchst bedenklich. Denn da sich SPÖ und ÖVP weltanschaulich nicht deklarieren (wollen), überlassen sie gerade diese Fragen dem VfGH, der dann eine ideologische Wertentscheidung in das Gewand des Rechts kleiden muss. Da es aber kein unpolitisches Recht und somit auch keinen unpolitischen Richterspruch gibt, schon gar nicht auf der Ebene von Grundrechtsfragen, entscheiden VfGH-Richter in solchen Fällen einen Wertestreit. Das Wesen der Demokratie, die Suche nach dem Kompromiss, bleibt dann einem nicht öffentlich beratenden Gremium nicht hinreichend demokratisch legitimierter Personen überantwortet. Chantal Mouffe spricht im Zusammenhang mit der Abschiebung ideologischer Fragen bereits vom „Ende der Politik“, weil wir nicht mehr *„in terms of right and left, but of right and wrong“* denken und handeln.<sup>151</sup> Der VfGH hat „das Richtige“ zu erkennen, wo linke und rechte Parteien keinen Kompromiss mehr finden (wollen). Parlamentarische oder gar öffentliche Debatten kommen bei weltanschaulich heiklen Fragen zu kurz. Gesellschaftlichen Wandel nachzuvollziehen oder gar einzuleiten, ist dann immer weniger Sache von Parlament und Regierung, sondern von den „Modernisierern im Talar“.<sup>152</sup>

Der VfGH fungierte aber nicht nur zwischen den beiden Großparteien als Pufferzone, sondern SPÖ und ÖVP instrumentalisieren ihn auch als Puffer und Abgrenzung gegenüber den Oppositionsparteien. Wollten die kleineren Parteien ein Thema auf die Agenda setzen, das der großen Koalition unlieb war, drohte diese oft mit dem VfGH, verbarg ihre politische Meinung also hinter dem Mantel des Rechts. Der mit ihren Vertrauenspersonen besetzte VfGH diene ihr als (rechts-)politische Vogelscheuche, um politische Gegner zu entmutigen und abzuschrecken.<sup>153</sup>

Der VfGH diene und dient – wie die Einrichtungen der Sozialpartnerschaft – der Ausgliederung strittiger Fragen und bereite dadurch der Aussöhnung zwischen den ehemals verfeindeten Lagern der beiden Großparteien den Boden. Er stellt damit einen spezifischen Umgang mit sozialen Konflikten dar. Aufgrund der Scheu vor ihrer öffentlichen Austragung, die bereits einmal in den Bürgerkrieg geführt hatte, wurden weltanschauliche

---

<sup>151</sup> Vgl. MOUFFE 2000.

<sup>152</sup> AICHINGER–WEISER 2014.

<sup>153</sup> Vgl. WELAN 1982, 288.

Streitpunkte in der Zweiten Republik einer Vergerichtlichung zugeführt. Hans Kelsen hatte die „möglichste Ausdehnung der Gerichtsbarkeit nach allen Richtungen“<sup>154</sup> in den Auseinandersetzungen der 1920er Jahre als probates Mittel verstanden, um sozialen Frieden zu gewährleisten. Doch dieser Friede hatte in der Zweiten Republik einen demokratischen Preis. Das Austriacum des Proporz- und Kompromissdenkens führte zu einem „repressiven Krisenmanagement“,<sup>155</sup> das jede Diskussion als Streit wertet und jeden Wunsch nach demokratischer Mitsprache als staatsgefährdendes Aufbegehren ansehen muss.

## Bibliographie

- ADAMOVICH, Ludwig (2011): *Erinnerungen eines Nonkonformisten*. Wien, Seifert.
- ADAMOVICH, Ludwig (1988): Die Effektivität der Grundrechte. In NOWAK, Manfred – STEURER, Dorothea – TRETTER, Hannes (Hrsg.): *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte*. 233–248.
- ADAMOVICH, Ludwig – FUNK, Bernd-Christian – HOLZINGER, Gerhart (1997): *Österreichisches Staatsrecht*. Band 1: Grundlagen. Wien – New York.
- AICHINGER, Philipp – WEISER, Ulrike (2014): Modernisierer im Talar. In *Die Presse*, 21. Januar 2014, 8.
- AZZARITI, Gaetano (1959): Stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung. In *JöR* 8/1959, 13–27.
- BILLING, Werner (1969): *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*. Berlin.
- BREZINA, Walter (1960): Wird der Verfassungsgerichtshof ausgeschaltet? In *Österreichs Wirtschaft*. 1960. 34–43.
- BRÜNNECK, Alexander von (1992): *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*. Baden-Baden.
- CHRISTMANN, Anna (2012): *Die Grenzen direkter Demokratie. Volksentscheide im Spannungsverhältnis von Demokratie und Rechtsstaat*. Baden-Baden. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845238319>
- DERRIDA, Jacques (2013): *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*. Frankfurt am Main.

<sup>154</sup> KELSEN 1929, 123.

<sup>155</sup> WELAN 1982, 288.

- EHS, Tamara – NEISSER, Heinrich (2017): *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie. Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbrüche?* Wien. DOI: <https://doi.org/10.7767/9783205206576>
- EHS, Tamara (2007): *Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat* (= HKI 29) Wien.
- EHS, Tamara: Vorwort. In Dies. (Hrsg.) (2009): Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Baden-Baden–Wien, 5–14.
- EHS, Tamara (2011): Verfassungspolitologie? Zur Bedeutung des B-VG aus politikwissenschaftlicher Sicht. In *Journal für Rechtspolitik*, 19(1)/2011, 3–14. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00730-011-0004-5>
- EHS, Tamara – NEISSER, Heinrich (2015): Österreich: VfGH-Richterbestellung als Politikum. In LEPSIUS, Oliver – BAER, Susanne et al. (Hrsg.): *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Jg. 63. Tübingen, 455–483.
- ENDERLE-BURCEL, Gertrude (Hrsg.) (2008): *Adolf Schärf. Tagebuchnotizen des Jahres 1955*. Innsbruck–Wien–Bozen.
- ERMACORA, Felix (Hrsg.) (1967): *Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920)*. Wien.
- FUNK, Bernd-Christian (1993): Wer schützt die Verfassung vor dem Verfassungsgesetzgeber? Plädoyer für ein anderes Verfassungsverständnis. In *Journal für Rechtspolitik*.
- HÄBERLE, Peter (1975): Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. In *Juristenzeitung*. 30(10)/1975, 297–305.
- HÄBERLE, Peter (1976): Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit. In HÄBERLE, Peter (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, 1–45.
- HÄBERLE, Peter (1978): *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. Berlin.
- HÄBERLE, Peter (1980): Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. In Ders. (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Königstein im Taunus*. 55–79.
- HALBERSTAM, Daniel (2009): Constitutional Heterarchy. The Centrality of Conflict in the European Union and the United States. In DUNOFF, Jeff – TRACHTMAN, Joel (Hrsg.): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge, 326–355.
- HART ELY, John (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge.
- HELLER, Kurt (2010): *Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Wien.
- HIESEL, Martin (1995): *Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof*. Wien.

- HIESEL, Martin (2001): Von der Verfassungskultur zur verfassungswidrigen Verfassungsgesetzgebung? In *Anwaltsblatt*, Heft 6. 306–312.
- HÖRETH, Marcus (2008): Die Selbstautorisierung des Agenten. Baden-Baden. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845209623>
- JESTAEDT, Matthias (2007): Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre. In JABLONER, Clemens (Hrsg.): *Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur*. Wien, 9–33.
- JOUVENEL, Bertrand de (1955): *De la souveraineté*. Paris.
- KELEMEN, Katalin (2013): Dissenting Opinions in Constitutional Courts. In *German Law Journal*, 14/2013, 1346–1371. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200002297>
- KELSEN, Hans (1920): *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 1. Auflage.
- KELSEN, Hans (1923/1965): *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*. 3. Auflage, Hrsg. Norbert Leser, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung (basierend auf der 2. Auflage von „Sozialismus und Staat“ aus dem Jahre 1923).
- KELSEN, Hans (1929): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 5, Berlin, 30–84.
- KELSEN, Hans (1929): Wortmeldung in der Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand. In *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 5, Berlin, 117–123.
- KELSEN, Hans (1930–31): Wer soll Hüter der Verfassung sein? In *Die Justiz*, Bd. VI/1930–31, 576–628.
- KELSEN, Hans (1934): *Reine Rechtslehre*. 1. Auflage, Wien.
- KELSEN, Hans (1951–52): Was ist ein Rechtsakt? In *Zeitschrift für öffentliches Recht*, neue Folge. 4. Bd., Heft 3, 263–274.
- KELSEN, Hans (1993): *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Nachdruck: Wien.
- KLECATSKY, Hans R. (1967): Der überstimmte Richter. In *Der Staatsbürger*, 12.
- KLECATSKY, Hans R. (1973): *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*. Wien.
- KLECATSKY, Hans R. (1974): Über die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit. In: LEIBHOLZ, Gerhard et al. (Hrsg.): *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*. FS für Willi Geiger. Tübingen, 925–943.
- KNEIP, Sascha (2009): *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie*. Baden-Baden. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845217963>



- KONRATH, Christoph (2013): Erwachende Institution klassischer Gewalt. Zur wachsenden Rolle von Verfassungsgerichten im Rahmen der politischen Willensbildung. In KÖHLER, Thomas – MERTENS, Christian (Hrsg.): *Jahrbuch für politische Beratung 2012/13*. Wien, 183–194.
- KONRATH, Christoph (2014): Demokratie und Rechtsstaat. Zur Bewertung von Vorschlägen zum Ausbau direkter Demokratie. In Peter Bußjäger – Alexander Balthasar – Niklas Sonntag (Hrsg.): *Direkte Demokratie im Diskurs. Beiträge zur Reform der Demokratie in Österreich*. Wien, 127–139.
- KORINEK, Karl (1981): Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. In VERÖFFENTLICHUNGEN DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER (Hrsg.): *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4. Oktober 1980*. Berlin – New York, 7–50.
- KORINEK, Karl (1992): Betrachtungen zur österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit. In FUNK, Bernd-Christian – MANTL, Wolfgang – KLECATSKY, Hans R. – LOEBENSTEIN, Edwin – RINGHOFER, Kurt (Hrsg.): *Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich*. Wien, 253–275. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-3-7091-6682-6\\_22](https://doi.org/10.1007/978-3-7091-6682-6_22)
- KORN, Josef (1960): Willkür im Ornat einer Verfassungsbestimmung. In *ÖJZ*, 202–210.
- KRANENPOHL, Uwe (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Wiesbaden. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-531-92242-3>
- LACHMAYER, Konrad (2013): Technokratische Rechtssetzung Privater. In *juridikum* 1/2013, 109–118.
- LAFFRANQUE, Julia (2003): Dissenting Opinion and Judicial Independence. In *Juridica International*, 8/2003, 162–172.
- LANG, Andrej (2014): Wider die Metapher vom letzten Wort: Verfassungsgerichte als Wegweiser. In ELSER, Dominik et al. (Hrsg.): *Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie* (= 53. ATÖR). Baden-Baden, 15–37. DOI: <https://doi.org/10.5771%2F9783845249360-15>
- LASSALLE, Ferdinand (1862/1919): Über Verfassungswesen (1862). In Ders.: *Gesammelte Reden und Schriften*. Hrsg. v. Eduard Bernstein, Band 2 (1919). Berlin, 7–61.
- LEISNER, Walter (1969): Imperium in fieri. Zur Evolutionsgebundenheit des öffentlichen Rechts. In *Der Staat*, 8(3)/1969, 273–302.

- LEPSIUS, Oliver (2009): Kelsens Demokratietheorie. In EHS, Tamara (Hrsg.) *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien, 67–89.
- LOEBENSTEIN, Edwin (1994): Nochmals: Von der Verfassungskultur zur Verfassungsunkultur – ein Nachwort. In *Österreichische Juristenzeitung*, 49/1994, 361–363.
- LUHMANN, Niklas (1990): Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In: *Rechtshistorisches Journal*, 176(9)/1990, 176–220.
- LUHMANN, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main.
- LUHMANN, Niklas (2002): *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main.
- MARCIC, René (1963): *Verfassung und Verfassungsgericht*. Wien. DOI: <https://doi.org/10.1007%2F978-3-7091-7917-8>
- MERKL, Adolf (1962): Der Staat und die politischen Parteien. In *Jahrbuch des österr. Gewerbevereins*. Wien, 62–76.
- MEYER, Tobias D. (2011): *Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*. Bern.
- MÖLLERS, Christoph (2008): Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung. In *Verfassungsstaat, Europäische Integration und Internationalisierung*. Weilerswist.
- MOUFFE, Chantal (2000): *The Democratic Paradox*. London.
- MÜLLER, Wolfgang C. (2000): Wahlen und Dynamik des österreichischen Parteiensystems seit 1986. In PLASSER, Fritz et al. (Hrsg.): *Das österreichische Wahlverhalten*. Wien, 13–54.
- NEISSER, Heinrich – SCHANTL, Gernot – WELAN, Manfred (1968): Betrachtungen zur Judikatur des Verfassungsgerichtshofes. In *ÖJZ*, 1968, 534–542.
- NOLL, Alfred J. (1998): Der Verfassungsgerichtshof in der Parteiendemokratie. In *SWS Rundschau*, 38(1)/1998, 99–112.
- OBERNDORFER, Peter (1988): Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen. Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen. Landesbericht Österreich zur VII. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte. In *EuGRZ*, 1988, 193–207.
- ÖHLINGER, Theo (1985): Verfassung – Demokratie – Verfassungsgerichtsbarkeit. In MATZKA, Manfred (Hrsg.): *Sozialdemokratie und Verfassung*. Wien–München–Zürich, 171–188.
- ÖHLINGER, Theo (2013): Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich. Der Wandel von Funktion und Methode in einer neunzigjährigen Geschichte. In WRASE, Michael – BOULANGER, Christian (Hrsg.): *Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten*. Baden-Baden, 243–257.

- OLECHOWSKI, Thomas (2009): Von der Ideologie zur Realität der Demokratie. In EHS, Tamara (Hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Baden-Baden – Wien, 113–132.
- ORATOR, Andreas (2014): Herausforderungen der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit zur effektiven und legitimen Letztentscheidung unter Integrationsbedingungen. In ELSER, Dominik et al. (Hrsg.): *Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie* (= 53. ATÖR). Baden-Baden, 237–254. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845249360-237>
- OTTI, Albert – SCHULZE, Michael (2004): Die Gewalten auf Konfrontationskurs? In *ÖZP*, 33(1)/2004, 67–79. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12118-004-1082-x>
- PELINKA, Anton (1981): Österreich. In RASCHKE, Joachim (Hrsg.): *Die politischen Parteien in Westeuropa*. Hamburg, 412–432.
- POKOL, Béla (2017): Der juristokratische Staat. *Pázmány Law Working Papers*, 13/2017.
- SCHÄFFER, Heinz (1998): Verfassungsgericht und Gesetzgebung. In BERKA, Walter – SCHÄFFER, Heinz – WERNDL, Josef (Hrsg.): *Staat – Verfassung – Verwaltung*. Wien – New York, 101–134. DOI: [https://doi.org/10.1007%2F978-3-7091-6503-4\\_6](https://doi.org/10.1007%2F978-3-7091-6503-4_6)
- SCHMITT, Carl (1928): *Verfassungslehre*. Berlin.
- SCHÜLE, Adolf (1964): *Koalitionsvereinbarungen im Lichte des Verfassungsrechts*. Tübingen.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke (2004): Verfassung und Verfassungsstaatlichkeit in multidisziplinärer Perspektive. In HUBER, Peter M. – BRENNER, Michael – MÖSTL, Markus (Hrsg.): *Der Staat des Grundgesetzes. Kontinuität und Wandel*. Tübingen, 529–551.
- STÖGER, Karl (2007): Der VfGH als Grenzgericht und die „dissenting opinion“. In JABLONER, Clemens (Hrsg.): *Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur*. Wien, 53–60.
- TEUBNER, Gunther (2012): *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Frankfurt am Main.
- THOMA, Richard (1929): Wortmeldung zum Thema „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“. In *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Band 5, Berlin, 109.
- TSEBELIS, George (2002): *Veto Players. How Political Institutions Work*. Princeton. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400831456>
- WALTER, Robert – MAYER, Heinz (1992): *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*. 7. Auflage, Wien.
- WEBER, Max (1922): *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen.

- WELAN, Manfred (1971): Plädoyer für eine dissenting opinion beim VfGH. In *Der Staatsbürger*, 14.
- WELAN, Manfred (1982): Der Verfassungsgerichtshof – eine Nebenregierung? In FISCHER, Heinz (Hrsg.): *Das politische System Österreichs*. 3. Auflage, Wien–München–Zürich, 271–315.
- WELAN, Manfred – NOLL, Alfred J. (1997): Verfassungsgerichtsbarkeit. In DACHS, Herbert et al. (Hrsg.): *Handbuch des politischen Systems Österreichs – Die zweite Republik*. 3. Aufl., Wien, 162–172.
- WIEDERIN, Ewald (2014): Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht. In SIMON, Thomas – KALWODA, Johannes (Hrsg.): *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte* (=Beiheft zu Der Staat 22). Berlin, 283–306.
- WIELINGER, Gerhart (2008): Die politische Dimension der Struktur des Verfassungsrechts. In LIENBACHER, Georg – WIELINGER, Gerhart (Hrsg.): *Jahrbuch Öffentliches Recht*. Wien–Graz, 9–19.
- WIETHÖLTER, Rudolf (2003): Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts. In JOERGES, Christian – TEUBNER, Gunther (Hrsg.): *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden, 13–21.
- WILLKE, Helmut (2001): *Systemtheorie III: Steuerungstheorie*. 3. Auflage, Stuttgart.
- WRASE, Michael – BOULANGER, Christian (2013): Die Politik des Verfassungsrechts. Beiträge für ein Forschungsprogramm. In Dies. (Hrsg.): *Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten*. Baden-Baden, 7–18. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845247892>

This page intentionally left blank.

*Adam Sulikowski – Mateusz Wojtanowski*

## **The Polish Constitutional Court Crisis – Some Remarks on the Political, Liberalism and Culture**

### **Introduction**

An unprecedented conflict concerning the Constitutional Court (*Trybunał Konstytucyjny*, TK) has been taking place in Poland since 2015. Never before has the TK, which originates in the 1980s, evoked such great emotions in the Polish society. As for the scientific discourse, it is agreed that the return to the *status quo ante bellum* is not possible. Hence, it seems proper to say that a certain epoch has come to an end in the history of the Polish political and legal system. In our opinion, the key to analysis of the recent developments is the concept of the political, which was elaborated by Carl Schmitt, Chantal Mouffe and Ernesto Laclau. We shall use their considerations and attempt to diagnose this crisis on a different theoretical level than it is usually done. In our view the current conflict should be interpreted as a failure of a flagship modernization project, even though it was presented by its apologists as an apolitical and eternal set of solutions. Moreover, it clearly shows that liberalism and its universalistic aspirations are based on the counterfactual vision of culture understood as a coherent phenomenon. Hence, the current struggle is much more than just a clash between the previous and the current parliamentary majority.

### **The Court and Party Politics**

As Carl Schmitt wrote, the political is founded on a specific fundamental distinction to which all political actions can be reduced. Whilst in the sphere of morality the most basic distinction is the one between good and evil, in aesthetics – the one between beauty and ugliness, in economics – between

profit and loss or between what is profitable and what is not profitable, the specifically political distinction, to which all political actions and motives can be reduced, is the distinction between friend and enemy. In Schmitt's view, there are no other criteria of distinction between friend and enemy than those which belong strictly to the sphere of the political.<sup>1</sup>

According to Schmitt's theory, we can speak about the political character of a constitutional court in at least three contexts. Firstly, and this context is the most often discussed, in the context of the entanglement of the Court in party politics. In a nutshell, a constitutional court can be entangled in the political sphere if judges, in their activity, represent the interests of political parties. Of course, in the Polish legal environment such a form of political character does not officially exist because, as it follows from the legal rules of the highest rank, judges of the TK are independent. Nevertheless, it would be extremely naive to claim that the normative status of the TK judges automatically translates into a real world. In Poland, judges are elected by the *Sejm* – the lower chamber of the Polish Parliament – whose political character, in the sense of party politics, cannot be questioned. As Jerzy Zajadło points out, the problem of the political character of appointment of judges is well known to the philosophy of law, where it has been widely acknowledged and discussed.<sup>2</sup>

However, one can reasonably claim that there are numerous mechanisms which guarantee significant distance of judges from the influence of party politics. First of all, the term in office of a judge is long, which creates a high probability of a parliamentary *alternance politique* during its period. Furthermore, the prohibition of re-appointment makes it difficult to formulate imperative requests such as: "if you fail to live up to our expectations, we will not appoint you for the next term". Finally, what seems most important, within a constitutional court there are institutional imperatives, amongst which the requirement of demonstrating an almost ritual *purity* from the *dirty world of politics* plays an important role. Hanna Dębska has analysed this problem in her recent monograph, claiming that judges, wishing to preserve their symbolic capital inside and outside their institutional sub-world, must maintain a distance from those who elected them. Empirical research shows that this mechanism is effective. Even judges known, prior to their appointment, as political activists quite quickly

---

<sup>1</sup> SCHMITT 2000, 197.

<sup>2</sup> ZAJADŁO 2009, 134.

subject themselves to structuration by the various *habitus* of a constitutional court.<sup>3</sup> As Dębska claims:

“An individual who enters a role is subject to the rules which constitute and determine that role *inter alia* by determining what kind of actions are appropriate or inappropriate within the framework of that role. The acceptance of the role of a judge becomes the fulfilment of a duty undertaken *vis-à-vis* the community. What is important, the mere fulfilment of the role, acting ‘as a judge’, leads to a situation in which the subject who is acting within that role identifies himself with the action he performs. [...] A person does not act any longer as an individual subject, but as a judge and in the social process, even for oneself, that person ‘becomes’ a TK judge.”<sup>4</sup>

We do not suggest that the Constitutional Court judges are selected in a way in which their views on political, economic and social issues cannot coincide with the views of political parties. However, a simple assignment of judges to particular political parties which they represent is based on a number of problematic assumptions: first, that the political parties themselves are ideological monoliths; secondly, that it is possible to find such candidates whose durable set of personal views corresponds to a given political party’s ideological canon; thirdly, that the candidate will be determined and consistent in making the case law of the court compatible with the party’s programme, notwithstanding the force of the judicial independence-oriented *habitus* and weaknesses of the mechanisms of control exerted over the judge by a given political party. The aforementioned assumptions should not be treated on an all-or-nothing basis. It seems that the degree of influence of political parties upon judges is a gradable phenomenon, not a black and white issue.

However, in *standard conditions*, the possibility that a real judge will come close to the ideal type of a party-politicised judge is very small. However, the more recent developments in the TK, and in particular the appointment of judges such as a former officer of the post-1990 secret service Mariusz Muszyński as the court’s vice president, or of Julia Przyłębska – allegedly a former secret collaborator recruited by Muszyński many years ago – as TK president, show that in some cases the political *habitus* can indeed be stronger than the judicial one.<sup>5</sup> Undoubtedly, this

<sup>3</sup> DĘBSKA 2015, 172.

<sup>4</sup> DĘBSKA 2015, 175.

<sup>5</sup> CZUCHNOWSKI 2017.



point implies one of the biggest qualitative differences compared to what we have witnessed in Poland so far. It is not inappropriate to state that the ruling party has, in fact, *its own* judges in Court. Incidentally, the question arises as to whether the rhetoric of accusing TK judges of being political in the sense of being linked to political parties, will not become a double-edged sword. At least, now the political character of the Court, or at least its current majority, cannot be called into doubt. We will return to the possible consequences of this situation in the further part of our paper. Nonetheless, it must be underlined that the political character *qua* entanglement in party politics is not what actually lies at the foundation of the conflict concerning the Constitutional Court.

## The Court as the Expression of the Political Vision

Apart from the context of entanglement in party politics, one can speak about the political character of the TK in a completely different and *deeper* sense. One should bear in mind that the institution of a constitutional review itself is the expression of a certain political vision which has, to use Schmitt's language, its friends and enemies. There is no doubt that constitutional courts appeared in their mature form as instruments of meritocratic or liberal (legitimized by individual rights and minority rights) review of the legislature's activities. One of us has written extensively about the theoretical foundations of the paradigm of constitutional adjudication, its genealogy and philosophical premises in an earlier monograph.<sup>6</sup> It is not necessary to bring up those arguments here, it is sufficient to remind that constitutional courts fulfil the role of a factor stabilizing the liberal-democratic system, a view which cannot be perceived as controversial today.<sup>7</sup> There is no need for an extensive argumentation in order to support the claim that this function is particularly pertinent in the so-called young democracies, and especially in the post-communist states in Central and Eastern Europe.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> SULIKOWSKI 2008, *passim*.

<sup>7</sup> Cf. HART 1980, 73; ROUSSEAU 1999, 23; LAWRENCE 2001, 235; O'CONNEL 2000, 140; GROMSKI 2009, 22; CAPPALLETTI 1985, 10–15; SARTORI 1994.

<sup>8</sup> SADURSKI 2008, 58.

Nevertheless, constitutional adjudication cannot be treated as ideology-free and uncontested. As a matter of fact, such a vision is blatantly political. The supporters of radical and revolutionary ideologies have pointed this many times. According to the official position of the Soviet Marxist science, constitutional courts taken in the abstract, independently of their personal composition or the content of their judicial decisions, are an expression of the regression of capitalist societies, because they petrify the *status quo* in forms which cannot be overcome by the representative bodies.<sup>9</sup> As Polish Marxist constitutionalist, Stefan Rozmaryn wrote in the late 1940s, the judicial review of the constitutionality of law:

“...is a reactionary institution, and not a progressive one, and therefore there is no place for it in a socialist state, nor in a people’s state, which peacefully trust in the people’s justice and in the people’s will.”<sup>10</sup>

A similar view, representative for Nazi scholarship, was expressed in 1935 by Joachim von Ribbentrop, who wrote that a revolution cannot be defended before a court on the basis of pre-revolutionary legal rules; it is the court which must succumb to the revolution.<sup>11</sup> Undeniably, a revolutionary atmosphere provides the context, which clearly shows the political character of a constitutional adjudication. In 1791, during the French Revolution, when E. J. Sieyès presented his proposal for a constitutional jury, which was to correct acts of Parliament in the spirit of rationalism and constitutionalism, the deputy A.-C. Thibaudeau immediately recognised the anti-revolutionary, political dimension of the proposal:

“This monstrous power – said Thibaudeau – would be everything in the state. To introduce a guardian above the public authorities means placing a master above them, who will impose bonds upon them in order to watch over them more easily.”<sup>12</sup>

What is common for all of the abovementioned commentators is that a constitutional adjudication is perceived by them as an adversary in its entirety. It means that the subject of the critique is not any specific composition of a court or rationales followed when deciding a particular case. For them, the liberal vision of this institution as such is an enemy.

<sup>9</sup> Cf. NUDEL 1968, 14–16.

<sup>10</sup> ROZMARYN 1948, 36.

<sup>11</sup> STEINWEIS–RACHLINI 2013, 108.

<sup>12</sup> Citation in KUBIAK 1991, 19.

Today, similar arguments are used by the Polish party of radical change – Kukiz’15 (a *Cinque Stelle*-style populist party of discontent named after its leader, the rock musician Paweł Kukiz). Deputy to the Sejm and legendary Polish revolutionist, Konrad Morawiecki (from Kukiz’15) said on TVP Info (a state television channel) that:

“The opposition would like to have power over the *Sejm* and therefore, indirectly, over the nation. This is the conception of the opposition, but this idea is not serious. It cannot be so that lawyers consider themselves as the highest power in the state. [...] It is obvious that the good of the community, which establishes law, is above the law. The [common] good is a higher value than the law. How could the good of the community, which establishes law, be placed on an equal footing with that law?”<sup>13</sup>

Without doubt, the interest in the political character of the TK as an institution is a distinct novelty in the mainstream Polish political discourse after 1989. Until now, the TK as an institution has not had, to use a biological metaphor, any natural enemies. Therefore, in Schmittian optics, it was not political, because its existence as such did not antagonise the participants of mainstream discourses. No serious actor formulated views similar to what Konrad Morawiecki said in reply to a question concerning the future of the TK:

“At most, the Court will not function. Nothing terrible will happen then. This Court has not had any particular achievements in our democracy.”<sup>14</sup>

On the contrary, for almost 20 years, declarations of respect towards the existence of the Constitutional Court were an element of the rules of political discourse, an essential ingredient of the Polish political catechism. It was accepted that the TK should be treated as a fundamental Polish achievement, which is symbolically connected with the process of transformation, democratisation, normalisation, modernisation and departure from Actually Existing Socialism.<sup>15</sup> Although the Constitutional Court was introduced into the political-juridical system back in the 1980s, resulting from a crisis of legitimacy of the authorities of the Polish People’s Republic,<sup>16</sup> it was later perceived as a herald of a new epoch, not a relic of

---

<sup>13</sup> Zespół [wPolityce.pl](http://wPolityce.pl) 2015.

<sup>14</sup> SARZYŃSKA 2015.

<sup>15</sup> See SULIKOWSKI 2016, 16.

<sup>16</sup> Cf. MAŃKO 2014, 82–83.

the old one. It managed to organise around itself an apologetic discourse, producing an image of judges as the forerunners of a new, nomocratic order, which was identified with the West, with modernisation and with emancipation. The Court was able to *forget* about its political founding act and neutralise (purify) its existence – it was capable of presenting its creation as the expression of a historical necessity, and its existence as an inalienable element of a modern state. As Wojciech Sadurski points out, the absence of any discussion on the legitimacy of constitutional review was characteristic for Central and Eastern European states, although such discussions have been an important part of mainstream theoretical debates in the West.<sup>17</sup> The status attributed to the TK as the outcome of necessity during transformation excluded, even in the period of an intensified judicial activism, any attempt to challenge its position by the official political mainstream. The inevitable conflict of legitimacy between the legislature and the Constitutional Court was not, as a rule, discussed by anyone (save for experts, *invisible* from the outside); this conflict was treated as a rather insignificant element of the *ecology* of a period of transformation. And this is one of the foundations of the myth, the dispelling of which determines current events.

The problem of the political character of the very institution controlling the legislature appeared as an important question not only for specialist scientific discourses (which was never a prominent issue in Poland), but also for the mass media and so-called public opinion only during the rule of the first coalition lead by the Law and Justice, which had already been shaped as a programmatically anti-modernisation and partly anti-liberal (in the economic and ideological sense) political force. In our view, this force is the most radical one from those which seriously aspired for power after 1989. It should be stressed that its radicalism pushes it towards a conflict with the Constitutional Court as an institution, regardless of who sits on that Court, as in case of already cited protagonists of revolution. The inevitability of this conflict has been consciously reflected upon by the Law and Justice party. Its draft constitution, which was public since at least 2010 on the official website of the party, provided for solutions entirely pacifying the TK, including the draft Article 135, introducing a qualified majority of 12 judges to declare an act of Parliament unconstitutional. Instead of the current 15 judges, the draft constitution provides for 18, and

---

<sup>17</sup> SADURSKI 2008, 8.

requires the presence of 15 judges for the *quorum*. If the required majority of 12 judges cannot be reached, the case concerning unconstitutionality would be terminated.<sup>18</sup> The party currently in power assumed somewhat programmatically that the Constitutional Court is its Schmittian political enemy *in abstracto*. It is hard to overestimate this fact. Thus, the TK in its hitherto shape ceased to be an element of a universally accepted, supra-political Polish constitutional mythology. Incidentally, it was long before the elaboration of the Act of 25 June 2015 (by the previous political majority, the Civic Platform), which was officially cited by the Law and Justice to be the reason of the constitutional crisis.

## The Court's *Acquis Constitutionnel*

In order to continue the diagnosis, it is now necessary to turn to a reflection on the notion of the political in the third sense indicated above, i.e. the political character of the Polish *acquis constitutionnel*. As the then president of TK, Marek Safjan indicated in 2006, that *acquis* is “the accumulated experience of the Constitutional Court’s case-law”.<sup>19</sup> A high social prestige, traditionally enjoyed by the Polish TK and the conviction of its neutrality and normality, being themselves a consequence of the lack of *natural enemies*, provided legitimacy for the Court’s case law. Clearly, we do not suggest that particular TK decisions were not subject to a critique because, apparently, it was the case. This critique, however, was of an intra-systemic kind, i.e. it generally dealt with correctness of application of rules recognized in a judicial discourse. Sometimes the Court was also accused of basing individual decisions on political morality or political philosophy. This was true especially in case of decisions that affected issues important from the perspective of political party programmes or cases involving high ideological stakes (such as abortion or lustration). Nonetheless, this did

---

<sup>18</sup> The proposal was still available on the Law and Justice official website as of 1 September 2015. Then it was removed. Currently, the PDF file can be accessed on an independent website: Konstytucja Rzeczypospolitej Polski. Projekt Prawa i Sprawiedliwości. [Constitution of the Republic of Poland. Project of Law and Justice.] Available: <http://niezniknelo.com/konstytucjaPiS2010.pdf> (Accessed: 25 October 2017.)

<sup>19</sup> *Biuletyn z posiedzenia Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (nr 54) oraz Komisji Ustawodawczej (nr 42)*. [Bulletin of the meeting of the Justice and Human Rights Committee (No. 54) and the Legislative Committee (No. 42).] 3–4.

not lead to a generalisation concerning the entire *acquis constitutionnel*. Therefore, the political character of that *acquis* was not real, because it was not an object of antagonism, it did not mobilise enemies. As Hanna Dębska points out, the symbolic power of the TK was so strong because its products were, *en globe*, effectively presented as the emanation of “rational knowledge, universal and objective values serving the common good”.<sup>20</sup> According to her words:

“In reality, [the Constitutional Court] in its decisions imposes [...] a number of ideological visions. Because they are imposed from a neutral place, from the sphere of sanctity (not polluted by politics), they seem to be neutral and objective, whereby the symbolic power of law remains unrecognised even by the very agents of the juridical field.”<sup>21</sup>

This paper is not the place to discuss the general problems of the ideological entanglements of the Polish *acquis constitutionnel*. They are obvious, and one of us has written about them in earlier works.<sup>22</sup> For the purposes of the further narration we will adopt the general assumption that the Polish Constitutional Court is not essentially different from constitutional courts in other countries and aims at constructing, within its case law, a certain universalistic vision of the *liberal political reason*, which, it is assumed, should be acceptable for everyone. In other words, we will accept here the famous claim made by Habermas to the effect that constitutional courts at least make attempts at translating the assumptions and rules of a certain potential (proposed) social consensus into a form, in which those rules are understandable for an administrative apparatus steered by the political power, and to an economic apparatus steered by money.<sup>23</sup> Of course, the liberal assumptions that such a consensus can be elaborated and the legitimacy of attempts at reaching such a consensus have a deeply ideological character and even could be treated as an expression of false consciousness. But it does not necessarily have to be so. Even assuming Habermas’s highly controversial thesis as true in the descriptive sense means becoming entangled in the political. To illustrate this phenomenon, we will refer to the diagnoses of Chantal Mouffe and Ernesto Laclau, who in the 1980s predicted the appearance of a crisis of liberal

<sup>20</sup> DĘBSKA 2015, 301.

<sup>21</sup> DĘBSKA 2015, 301.

<sup>22</sup> See especially SULIKOWSKI 2012, *passim*.

<sup>23</sup> HABERMAS 2005, 97.

democracy, the return of populism and emotional politics, arguing that the contradictions, within the dominant paradigm of governance, between, on the one hand, its liberal component and, on the other hand, its democratic component, will have to lead to such a crisis.<sup>24</sup>

According to Laclau and Mouffe, liberal and democratic elements follow from different intellectual foundations and represent an entirely different logic which leads to the fundamental contradiction within liberal democracy as such. The liberal element compels to build a *law without politics*, i.e. a certain consensus – a body of rules, which are subject to petrification and neutralisation, aimed at replacing law based on will, emotions and the friend–enemy opposition. In the process of constructing consensus, constitutional courts attempt to end the discussion and fill so-called empty signifiers with a certain content *once and for all*. As Laclau wrote, empty signifiers are words such as *liberty*, *equality*, or *justice* which theoretically have very broad registers of potential meanings and easily *become subject to power*, i.e. they can be filled with a content only through hegemonic action.<sup>25</sup> Constitutional judges, following the liberal logic of building an *apolitical* law, become guardians of the hegemonic power over the content of empty signifiers. The juridification of this content largely limits the possibility of political struggle. Mainstream political parties and institutionalised political forces are forced to accept a certain content whose originally ideological character has been apparently neutralised in the process of juridification. As a consequence, parties become similar to each other, professionally and ideologically homogenous, transforming themselves into a relatively expert-professional complex whose main aim is to participate in a professional struggle for posts for oneself and one's colleagues.<sup>26</sup> Apparently, a real political conflict is eliminated. As it can be deduced from the abovementioned vision, not only does liberalism claim that it is able to provide final solutions but also presents them as apolitical and, in a way, objectively right. However, if we are to believe the diagnoses put forward by Mouffe and Laclau, the democratic – or, to be more precise, the political and the sphere of difference – cannot be fully subjugated. The political, as a primordial force leading to an antagonism,

---

<sup>24</sup> LACLAU–MOUFFE 1985, *passim*.

<sup>25</sup> LACLAU 2004, *passim*.

<sup>26</sup> This phenomenon has been analysed by Polish sociologists of politics for a long time. Cf. GRABOWSKA 1998, 174.

leads certain groups to construct an enemy and sometimes creates identities not interested in consensus that formulate claims to validity. This is usually accompanied by a feeling of disenchantment and lack of genuine democracy – a juridified *acquis constitutionnel* ceases to appear to certain social groups as something pure, ideology free and objective, but comes to be perceived as something dominated by their enemies or, in the best possible case, as something too tolerant towards their enemies. Such a mechanism is, according to Mouffe, the safety valve of democracy for which liberal hegemony is the greatest threat. According to her:

“To negate the ineradicable character of antagonism and to aim at a universal rational consensus – this is the real threat to democracy. Indeed, this can lead to violence being unrecognized and hidden behind appeals to ‘rationality’, as is often the case in liberal thinking which disguises the necessary frontiers and forms of exclusion behind pretences of neutrality.”<sup>27</sup>

It is worth mentioning that empty signifiers can be collated to the so-called radically contested terms, i.e. terms of many competing meanings, apologists of which claim superiority of those very ones accepted by them.<sup>28</sup> What constitutional courts are supposed to do, is not only to extol liberal perception of radically contested terms, but also, through the process of juridification, persuade that there is, in fact, no alternative for their liberal interpretation.

Nevertheless, it is possible to claim that the currently ruling majority (i.e. Law and Justice) and the Polish anti-systemic movement (i.e. Kukiz'15), who are today's antagonists of the Constitutional Court, more or less consciously are putting into practice Mouffe's idea concerning the construction of an identity through the use of an existing difference or the creation of a new one, i.e. through making use of an antagonistic divergence and transforming it into an axiological conflict along the lines of dominators/dominated.<sup>29</sup> A populist construction of identity and winning support are done through the undermining of identification with the *apolitical law* – the ideological mainstream and the institutional *status quo* are not presented as *ours*, but as belonging to *them*. In this way, a collective *we* is constructed – first it must be shown that the environment belongs to a more

<sup>27</sup> MOUFFE 2000, 22.

<sup>28</sup> KLESZCZ 2007, 10–11. The notion of *radically contested term* was coined in the 1950s by W. B. Gallie.

<sup>29</sup> MOUFFE 1993, 141.



or less mythical group identified as *they*. The discourse of purification, constructed in defence of the *acquis constitutionnel*, only escalates the conflict. According to the Polish saying “hit the table, and you will hear the scissors”: *they*, i.e. the enemies defending their own hegemony become partially personalised, they acquire a substratum in the form of concrete individuals. This personalization is always only partial, as the enemy must remain partly hidden, so that specific characteristics can be ascribed to him and so that an identity can be built on the basis of the principle of difference.

If we are to believe the diagnoses of Mouffe and Laclau, the Polish Constitutional Court, doing what it has been doing, and even if it was acting in good faith, was doomed to fail from the outset with regard to the project of constructing an *apolitical law*, precisely because this project entails an inevitable internal contradiction. Of course, it is impossible to assume that the actual electorate of the current party in power is based only on an artificial mobilisation. There is no doubt that there are many discontents. As Polish sociologist Andrzej Kojder wrote in his conclusions concerning empirical sociological research in the first decade of the Polish transformation, the discordance between the relation of the elite vis-à-vis the state and the relation of the remaining social classes has been significant from the outset – the elite:

“More optimistically evaluate the condition of the law (and of the state) than the remaining citizens. Members of the elite more often than all other declare a higher level of trust to various institutions of legal and administrative control and see them in a better light. It is possible to claim that in this situation we have the typical phenomenon of an optimistic overestimation of the value of the system, in which one occupies a high position.”<sup>30</sup>

It is difficult to overlook the fact that, as far as economic issues are concerned, the *acquis constitutionnel* is rather liberal than social. This has been underlined *inter alia* by Adrian Zandberg (leader of the Polish new left party, intended to be a Polish Syriza or Podemos, called “Razem”, which means “Together”) who claimed that the lack of willingness of the majority of the Polish society to defend the TK is, to a large extent, a result of the TK’s disinterest with social (justice) issues.<sup>31</sup> It is also interesting to quote, as a curiosity, a very one-sided but yet in a sense prophetic view of a traditional Marxist, the philosopher Jarosław Ładosz (who died in

---

<sup>30</sup> KOJDER 1999, 147.

<sup>31</sup> STASIŃSKI 2005.

1997), a student of Adam Schaff, who was very critical about the euphoria surrounding the strengthening of the Constitutional Court:

“What is at stake is the creation of an institution [...] serving the protection of the famous middle class [...] from the possible appearance, within parliament, of a majority which could bring the [capitalist] reform to a halt or would be able to reverse its direction. What is at stake, is an institution of a politico-juridical police which will act as a guardian of the construction of capitalism. [...] It is, however, an illusion that [the Constitutional Court] will last for decades. [...] Constitutional courts in countries constructing capitalism, vested with power and taking decisions above the head of the parliament, will disappear once significant democratic forces find a way to harness the euphoria of this construction.”<sup>32</sup>

Perhaps this is exactly what is happening now. Regardless whether it is so or not, a return to the *status quo* seems to be impossible. Whoever wins the war over the Constitutional Court (and as from December 2016 it is clear that at least the current war has been won by the Law and Justice) it needs to be underlined that the activity of constitutional courts until now has been a rather effective shield protecting us from totalitarian practices. It is worth keeping this fact in mind despite the dispelling of the myth of the Constitutional Court’s apolitical character. The pacification of the TK has proven to be relatively easy to accomplish by the Law and Justice, also due to the *natural* factor of the ending term of office of President Rzepliński in December 2016 and of other judges of the *old* Constitutional Court. This was also facilitated by the fact that the TK has been inscribed into the logic of a political antagonism – the discourse of friends vs. enemies.

In our view, however, the end of this myth is not something unequivocally dangerous, although it is potentially hazardous. In the future, if the TK will survive or if it will be reconstructed (which remains an option if a different majority comes to power) and will exist not only in a façade form (as it is now), the dispelling of the myth of its apolitical character can facilitate the change both in the discourse surrounding the Court, as well as the principles of its functioning. Since the masks have fallen, it seems that the situation may, with time, facilitate truly critical analyses of the TK case law, different from those which have been done until now, as well as research on the ideological entanglements of the *acquis constitutionnel*, of established case law, and of theoretical constructs, as well as help to put

---

<sup>32</sup> ŁADOSZ 2017.

forward proposals to change the way in which judgments are motivated in order to include persuasive arguments on a level different than merely a deduction of one normative statement from another one. If the TK survives the storm (or, to be more precise, if it is resuscitated as a true constitutional court by some future political majority), it should undertake an attempt to regain social trust; it should present its decisions as an outcome of a deep reflection, also in a political sense, as a result not only of an analysis of norms, but also the possibility of political representation (in a substantive, not merely formal sense) of the interests of various social groups. Raising the sensitivity (towards social justice) and a partial giving up of legalistic camouflage are, in our view, desirable. A constitutional court more conscious of its political character should seek broad social support, not just support of the elites. Rejecting juristic hypocrisy, one should clearly state that the TK was capable of noticing changes in social moods and of reacting to them. It showed this in the recent period by (declaring the unconstitutionality of) the Bank Enforcement Title (a legal institution of banking law, allowing banks to enforce their alleged debts vis-à-vis clients without a court procedure), by ruling on the tax-free sum (in case of personal income tax, which was constructed in a way unfavourable to the poorest) or ruling on the right of persons working on so-called trash contracts to become trade union members. On the other hand, scientific discourses researching the Court should, to a larger extent than it has been until now, take into account the problems of concrete social effects of constitutional rulings and the conditions of their appropriateness *qua* political decisions. The myth of the apolitical character of the Court limited the legitimacy deficit and immunised against antagonism. Dispelling that myth requires the Court to accept the political and, in consequence, to join the game aimed at seducing the masses.

### **The Court as the “Essential, Objective Requirement”. Some Remarks about the Liberal Vision of Culture**

Finally, it should be stressed that dispelling the myth of the Constitutional Court’s apolitical character challenges the liberal assumption of the possibility to shape legal mechanisms in a way which guarantees them eternal recognition as just. As a matter of fact, the struggle between competing visions of Polish culture has resulted in a dramatic shift in the discourse

on the role of the constitutional adjudication and the liberal vision of the State. Hence, in our opinion, recent developments in Poland should be seen from the perspective of a dynamic view of culture as opposed to a static one. The latter view, which historically preceded the former as an analytic concept in anthropology, understood culture as something founded on the consent related to the meaning of its products and as being subject to slow, evolutionary changes. It was inspired by the natural-history approach to knowledge as well as by the German notion of *Kultur*. Both of those sources implied, among others, coherence and boundedness as primary qualities of culture. It was later challenged by researchers inspired by the world system theory and the Foucauldian analysis of discourse and power. Culture started to be perceived as unbounded, inconsistent and evolving also through the contribution of particular historical events. Contrary to the findings of early anthropology, the advocates of the dynamic view of culture understand it as the field of contested meanings, which are changing in time. Moreover, they show that cultural identities are, in fact, hybrid.<sup>33</sup>

Despite obvious inadequacies of the static vision of culture, symptoms of its recognition are still present in the modern world. They are perceptible e.g. in the so-called popular logic of cultural property<sup>34</sup> or in claims of indigenous peoples.<sup>35</sup> But what is more important for our study is that apparently liberalism, with its assertion that it is able to provide final solutions, inherently presupposes the static view of culture. In the context of the subject it is seen in the status which was attributed to the Constitutional Court (in its previous form) as an ideology-free requirement of the *normal state*. This perception implied that there is no room for any substantial criticism as the only right mechanism has already been found. However, this approach has proven to be counterfactual. It is highly unlikely for cultures to have *essential components* which cannot be subject to significant change. The Constitutional Court dispute leaves no doubt that even cultural elements which currently seem to be dogmatic are prone to be subject to contest. Effectively, despite a momentary consent concerning the meaning of certain cultural products within a given group, it is plausible that eventually this meaning can fall a victim of being questioned. In our case such

<sup>33</sup> MERRY 1998, 580–581.

<sup>34</sup> See in general MEZEY 2007.

<sup>35</sup> MERRY 1998, 585.

contention has undoubtedly led to a significant shift in the whole perception of the issue. Indeed, it would be impossible to forget what has happened since 2015 when the Law and Justice awakened and fully exploited hitherto dormant powers. The Constitutional Court dispute has caused a qualitative change in the cultural understanding of liberal mechanisms for both its adversaries and apologists. Accordingly, the dynamic view of culture proves to be a prolific framework for analysing recent developments.

## Conclusions

The fact that the modern state requires functioning, constitutional adjudication is unquestionable for us. However, we believe that there is a need for a certain modification of this presumption and the necessity to be alert to the mythical character of the universalistic liberal projects with its *apolitical* and *final* solutions. Unfortunately, liberalism is an extremely political creature doomed for a constant fight against the democratic component of the dominant paradigm of governance. As empirical reality has proven, liberal solutions, even if donned in a juridical robe, are not perceived as neutral. Furthermore, we insist that no persistent attempt to describe them as such can be convincing.

## References

- Biuletyn z posiedzenia Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (nr 54) oraz Komisji Ustawodawczej (nr 42)*. [Bulletin of the meeting of the Justice and Human Rights Committee (No. 54) and the Legislative Committee (No. 42).], 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro (1985): Repudiating Montesquieu? Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice. *Catholic University Law Review*, Vol. 35, No. 1. 1–32.
- CZUCHNOWSKI, Wojciech (2017): *Badamy związki prezes Julii Przyłębskiej i wiceprezesa Muszyńskiego ze służbami specjalnymi. Kto rządzi Trybunałem Konstytucyjnym?* [We analyse the connections of President Julia Przyłębska and Vice President Muszyński with the secret service: Who is in charge of the Constitutional Court?] Available: <http://wyborcza.pl/7,75398,22538390,k->

- [to-rzadzi-trybunalem-konstytucyjnym-badamy-zwiazki-prezes.html](#) (Accessed: 25 October 2017.)
- DĘBSKA, Hanna (2015): *Władza, symbol prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*. [Power, Symbol, Law: The Social Construction of the Constitutional Court.] Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe.
- GRABOWSKA, Mirosława (1998): Formowanie się partii politycznych i ich elektoratów. [The Formation of Political Parties and their Electorates.] In SULEK, Antoni – SZCZEPAŃSKI, Marek M. eds.: *Śląsk – Polska – Europa. Zmieniające się społeczeństwo w perspektywie lokalnej i globalnej*. [Silesia – Poland – Europe: A Changing Society in Local and Global Perspective.] Katowice, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- GROMSKI, Włodzimierz (2009): Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej. [The Legitimation of Constitutional Courts vis-à-vis the Legislature.] *Przegląd Sejmowy*, No. 4. 11–23.
- HABERMAS, Jürgen (2005): *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. [Factuality and Validity. The Theory of Discourse on the Issues of Law and the Democratic Legal State.] Warszawa, Scholar.
- HART, Ely John (1980): *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge–London, Harvard University Press.
- KLESZCZ, Ryszard (2007): O racjonalności i jej granicach. [On Rationality and Its Bounds]. In *Idem, O rozumie i wartościach*. [On Reason and Values.] Łódź, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Humanistyczno-Ekonomicznej w Łodzi.
- KOJDER, Andrzej (1999): Nowa polska elita polityczna: niezamierzony rezultat Okrągłego Stołu? [The New Polish Political Elite: An Unintended Result of the Round Table?] In KOJDER, Andrzej ed.: *Nowa Polska, odmieniona Europa*. [A New Poland, a Changed Europe.] Warszawa, Instytut Lecha Wałęsy.
- KUBIAK, Andrzej (1991): *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjności ustaw*. [The French Conception of the Review of Constitutionality of Acts of Parliament.] Gdańsk, Uniwersytet Gdański.
- LACLAU, Ernesto – MOUFFE, Chantal (1985): *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. London, Verso.
- LACLAU, Ernesto (2004): Dlaczego puste znaczące mają znaczenie dla polityki? [Why Do Empty Signifiers Matter to Politics?] In LACLAU, Ernesto ed.: *Emancypacje*. [Emancipations.] Wrocław, Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej Edukacji TWP we Wrocławiu.
- ŁADOSZ, Jarosław (2017): *Sąd kasujący ustawy i dyktujący parlamentowi ich wykładnię*. [A Court Annuling Acts of Parliament and Dictating their In-

- terpretation to Parliament.] Reprinted in *Nowa Krytyka*. Available: [www.nowakrytyka.pl/pl/artykuly/Nk\\_on-line/?id=897](http://www.nowakrytyka.pl/pl/artykuly/Nk_on-line/?id=897) (Accessed: 25 October 2017).
- MAŃKO, Rafał (2014): 'War of Courts' as a Clash of Legal Cultures: Rethinking the Conflict between the Polish Constitutional Tribunal and the Supreme Court Over 'Interpretive Judgments'. In HEIN, Michael – GEISLER, Antonia – HUMMEL, Siri eds.: *Law, Politics, and the Constitution: New Perspectives from Legal and Political Theory*. Frankfurt am Main, Peter Lang.
- MERRY, Sally Engle (1998): Law, Culture, and Cultural Appropriation. *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 10, No. 2. 575–603.
- MEZEY, Naomi (2007): The Paradoxes of Cultural Property. *Columbia Law Review*, Vol. 107, 2004–2046.
- MOUFFE, Chantal (1993): *The Return of the Political*. London – New York, Verso.
- MOUFFE, Chantal (2000): *The Democratic Paradox*. London – New York, Verso.
- NUDEL, Michail Abramowicz (1968): *Konstitutsionnyj kontrol' v kapitalističeskikh gosudarstvach*. Moscow.
- O'CONNELL, Rory (2000): *Legal Theory in the Crucible of Constitutional Justice*. Dartmouth, Ashgate.
- ROUSSEAU, Dominique (1999): *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*. [Constitutional Courts in Europe.] Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe.
- ROZMARYN, Stefan (1948): Kontrola konstytucyjności ustaw. [Review of the Constitutionality of Acts of Parliament.] *Państwo i Prawo*, No. 12.
- SADURSKI, Wojciech (2008): *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*. [Law Before the Court: A Study on Constitutional Justice in Post-Communist Countries of Central and Eastern Europe.] Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe.
- SAGER, Lawrence (2001): The Domain of Constitutional Justice. In LARRY, Alexander ed.: *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge, Cambridge University Press.
- SARTORI, Giovanni (1994): *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. New York, New York University Press.
- SARZYŃSKA, Anna (interviewing Konrad Morawiecki) 2015: *NASZ WYWIAD. Kornel Morawiecki: Dawny układ mocno się broni!* "Trybunał niczym nadzwyczajnym się w naszej demokracji nie wykazał..." [Our interview. Kornel Morawiecki: The former establishment is defending itself! The Court has not had any special achievements under our democracy.] *W Polityce*. Available: <https://wpolityce.pl/polityka/276653-nasz-wywiad-kornel-morawiecki->

- dawny-uklad-mocno-sie-broni-trybunal-niczym-nadzwyczajnym-sie-w-naszej-demokracji-nie-wykazal (Accessed: 25 October 2017.)
- SCHMITT, Carl (2000): *Teologia polityczna i inne pisma*. [Political Theology and Other Writings.] Kraków–Warszawa, Aletheia.
- STASIŃSKI, Maciej (interviewing Adrian Zandberg) 2005: *Polska. Macocha, nie matka. Rozmowa z Adrianem Zandbergiem*. [Poland: A Stepmother, not a Mother. An interview with Adrian Zandberg.] Available: <http://wyborcza.pl/magazyn/1,124059,19297101,polska-macocha-nie-matka-rozmowa-z-adrianem-zandbergiem.html?disableRedirects=true> (Accessed: 25 October 2017.)
- STEINWEIS, Alan. E. – RACHLINI, Robert D. (2003): *The Law in Nazi Germany: Ideology, Opportunism and the Perversion of Justice*. New York – Oxford, Berghahn.
- SULIKOWSKI, Adam (2008): *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*. [The Contemporary Paradigm of Constitutionality Review and the Crisis of Modernity.] Wrocław, WUWr.
- SULIKOWSKI, Adam (2012): *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu modern*. [Constitutionalism and Modernity: Constitutional Discourse Towards the Triumph and Crisis of the Modern.] Wrocław, WUWr.
- SULIKOWSKI, Adam (2016): Government of Judges and Neoliberal Ideology: The Polish Case. In MAŃKO, Rafał – CERCEL, Cosmin – SULIKOWSKI, Adam eds.: *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*. Oxford, Counterpress.
- ZAJADŁO, Jerzy (2009): Wewnętrzna legitymacja sądu konstytucyjnego. [The Internal Legitimacy of a Constitutional Court.] *Przegląd Sejmowy*, No. 4. 129–144.
- Zespół wPolityce.pl (2015): *Morawiecki o sporze wokół TK: Opozycja nie chce przyjąć do wiadomości, że straciła władzę. Prezydent nie może ustępować. Prezes Rzepliński powinien ustąpić*. [Morawiecki on the conflict concerning the TK: The opposition does not want to accept the fact that it's lost power; the president should not give way; TK president Rzepliński should step down.] *W Polityce*. Available: <https://wpolityce.pl/polityka/274160-morawiecki-o-sporze-wokol-tk-opozycja-nie-chce-przyjac-do-wiadomosci-ze-stracila-wladze-prezydent-nie-moze-ustepowac-prezes-rzeplinski-powinien-ustapic> (Accessed: 25 October 2017.)



This page intentionally left blank.

## **Autorinnen und Autoren**

### **Authors**

**Prof. Dr. Béla Pokol**

Richter am Verfassungsgericht von Ungarn; Universitätsprofessor,  
Eötvös-Loránd-Universität in Budapest; Doktor der Ungarischen  
Akademie der Wissenschaften;

Justice of the Constitutional Court of Hungary, Professor, Doctor  
of the Hungarian Academy of Sciences

**RA Univ.-Prof. Dr. Alfred J. Noll**

Universität für Bodenkultur Wien;

The University of Natural Resources and Life Sciences, Vienna

**Prof. Dr. András Zs. Varga**

Richter am Verfassungsgericht von Ungarn; Universitätsprofessor,  
Pázmány-Péter-Katholische-Universität, Fakultät für Rechts- und  
Staatswissenschaft;

Justice of the Constitutional Court of Hungary, Professor,  
Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political  
Sciences

**Prof. Dr. hab. Adam Sulikowski**

Universitätsprofessor, Universität Wrocław, Fakultät für Recht,  
Verwaltung und Ökonomie; Lehrstuhlleiter, Universität Opole,  
Fakultät für Recht und Verwaltung;

Professor, University of Wrocław, Faculty of Law, Administration  
and Economics; Head of the Chair of Theory and Philosophy of  
Law, University of Opole, Faculty of Law and Administration

**Dr. Tamara Ehs**

IG Demokratie, a registered association for the advancement of democracy

**Prof. Dr. Csaba Varga**

Doktor der Ungarischen Akademie der Wissenschaften; Forscher-Professor Emeritus, Ungarische Akademie der Wissenschaften, Institut für Rechtswissenschaften; Pázmány-Péter-Katholische-Universität, Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaft;

Doctor of the Hungarian Academy of Sciences, Research Professor Emeritus (Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences; Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political Sciences, Philosophy of Law Institute

**A. Univ. Prof. DDr. Nikolaus Dimmel**

Paris Lodron Universität Salzburg;

The Paris Lodron University of Salzburg

**Dr. Jenő Szmodis**

Universitätsdozent, Nationale Universität für den Öffentlichen Dienst, Fakultät für Staatswissenschaften und Öffentliche Verwaltung;

Associate Professor, National University of Public Service, Faculty of Science of Public Governance and Administration

**Mateusz Wojtanowski**

PhD-Student, Universität Wrocław;

PhD Student, University of Wrocław



Eine Publikation der Nationalen Universität für Öffentlichen Dienst.  
Dialóg Campus is the publisher of the National University of Public Service.



Nordex Kultur- und Handel Non-Profit-Gesellschaft

Dialóg Campus

[www.dialogcampus.hu](http://www.dialogcampus.hu)

[www.uni-nke.hu](http://www.uni-nke.hu)

Ludovika tér 2., H-1083 Budapest

Telefon: +36-30-426 6116

E-Mail: [kiado@uni-nke.hu](mailto:kiado@uni-nke.hu)

Verantwortliche Verlegerin: Ildikó Petró, Geschäftsführerin

Verantwortliche Lektorin: Kata Inzsöl

Spachlektorat und Korrektur Deutsch: Piroska Dietlinde Draskóczy

Layout und Umbruch: Tibor Stubnya

Druck: Pátria Nyomda Zrt.

Verantwortlicher Leiter: László Simon, Generaldirektor

Nordex Non-Profit Ltd.

Dialóg Campus

[www.dialogcampus.hu](http://www.dialogcampus.hu)

[www.uni-nke.hu](http://www.uni-nke.hu)

1083 Budapest, Ludovika tér 2

Telephone: +36 30 426 6116

E-mail: [kiado@uni-nke.hu](mailto:kiado@uni-nke.hu)

Responsible for publishing: Ildikó Petró, Managing Director

Managing Editor: Kata Inzsöl

Copy Editor: Zsuzsánna Gergely

Typeset and design: Tibor Stubnya

Printing: Pátria Nyomda Zrt.

Responsible for Printing: László Simon

ISBN 978-615-6020-71-0 (PDF)

ISBN 978-615-6020-72-7 (EPUB)

ISBN 978-615-6020-70-3 (Printversion)

The chapters of the book analyse the processes by which a democracy-based state is increasingly transformed into a juristocratic system in a number of countries in the Western world and by their impulse elsewhere in the world, too. The analysis also shows that this state operation has not only become popular in a number of countries around the world, but it also has a special legitimacy base for this. A lot of such distortions are shown by the analyses, and some modalities for the refinements are analysed.

In den Kapiteln des Buches werden die Prozesse analysiert, durch die demokratiebasierte Staaten in einer Reihe von Ländern der westlichen Welt und durch ihre Impulse auch in anderen Ländern der Welt zunehmend zu juristokratischen Systemen werden. Die Analyse zeigt auch, dass diese staatliche Operation nicht nur in einer Reihe von Ländern auf der ganzen Welt populär geworden ist, sondern auch eine besondere Legitimationsbasis hat. Durch die Analysen werden viele solcher Verzerrungen aufgezeigt und einige Modalitäten für die Verfeinerungen analysiert.

The work was created in commission of the National University of Public Service under the priority project PACSDOP-2.1.2-CCHOP-15-2016-00001 entitled "Public Service Development Establishing Good Governance".

**SZÉCHENYI** 



HUNGARIAN  
GOVERNMENT

European Union  
European Social  
Fund



INVESTING IN YOUR FUTURE